CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO
ANTONIO DOÑATE MARTÍN

JUECES, PERO PARCIALES

LA PERVIVENCIA DEL FRANQUISMO EN EL PODER JUDICIAL

PRÓLOGO DE JOSEP FONTANA



PASADO & PRESENTE

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO
ANTONIO DOÑATE MARTÍN

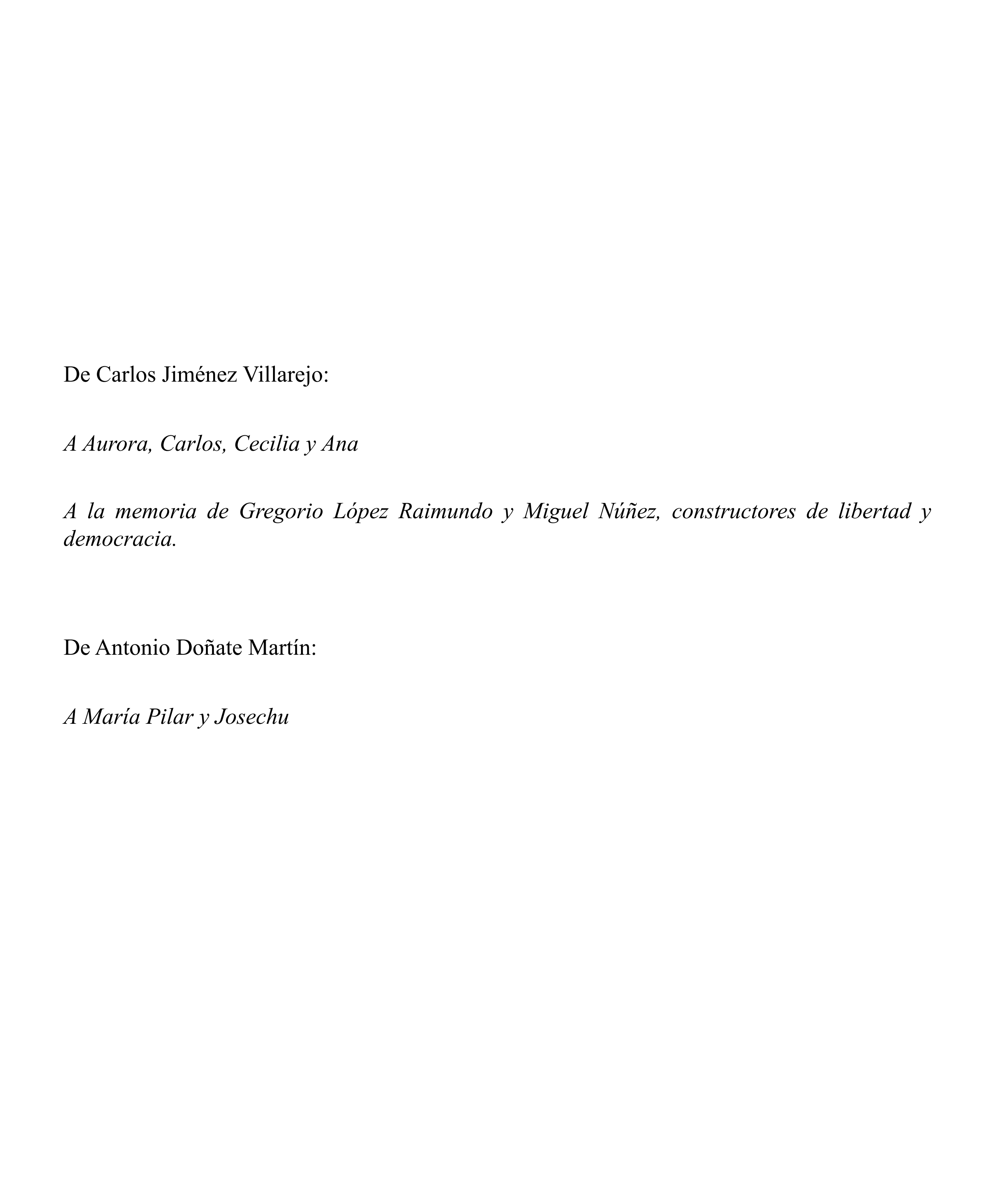
JUECES, PERO PARCIALES

LA PERVIVENCIA DEL FRANQUISMO EN EL PODER JUDICIAL

PRÓLOGO DE JOSEP FONTANA



Índice



De Carlos Jiménez Villarejo:

A Aurora, Carlos, Cecilia y Ana

A la memoria de Gregorio López Raimundo y Miguel Núñez, constructores de libertad y democracia.

De Antonio Doñate Martín:

A María Pilar y Josechu

AGRADECIMIENTOS

A la memoria de Gabriel Cardona Escanero, militar, fundador de la Unión Militar Democrática y Profesor de Historia Contemporánea de la Universidad de Barcelona. Y, sobre todo, compañero en la lucha por las libertades.

A Mariano Sánchez Soler, profesor de Documentación Informativa en el Centro de Estudios Ciudad de la Luz, adscrito a la Universidad Miguel Hernández de Elche y profesor de Periodismo de Investigación en la Universidad de Alicante.

A Francisco Espinosa Maestre, historiador.

Al Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona.

Al Centro de Documentación del Consejo General del Poder Judicial.

A Amnistía Internacional.

A Fernando Magán Pineño, letrado.

A Julio Flor Gamo, periodista.

A Isabel Juncosa, bibliotecaria del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

A Cristina Molina, bibliotecaria de la Fiscalia Superior de Catalunya.

Hemos hecho en este país la transición a la democracia sobre la bisagra de una reforma cimentada en el silencio y la ruptura de la espiral de la venganza. Así había que hacerlo y no hay que arrepentirse de ello. Pero del silencio al olvido y la ignorancia solo hay dos pasos y sería pernicioso que muchos los dieran.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE
«Las faltas del General Superlativo» (1993)

El sábado día 9 de junio de 2012, a las 11 de la mañana, en la explanada de entrada del Cementerio Municipal de Aguilar de la Frontera (Córdoba), la AREMEHISA (Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera) hizo entrega a las familias de las personas «desaparecidas» en esta localidad tras los acontecimientos desatados a raíz del alzamiento militar del 18 de julio de 1936. «Desaparecidos» que han sido buscados, localizados, exhumados e identificados genéticamente por la Asociación a lo largo de los últimos seis años.

Con la identificación y la entrega de los restos mortales a las familias, estas pueden poner fin a un tiempo de dolor que parecía no tener fin. Con este acto se alcanza también la conclusión del luto prohibido. Muchos de ellos podrán públicamente llorar a sus padres, llorar a sus abuelos, sin miedo, sin vergüenza. La emoción abrillantará por fin sus ojos secos.

Recuerdos, imágenes, palabras, sentimientos distantes, sin duda alguna sometieron ese día a la memoria, a esa memoria que nunca han perdido (al igual que la esperanza de que alguna vez pudiesen vivir este día), a una tensión extrema, pues todos ellos serán conscientes de que ha llegado ya el momento de firmar la paz, firmar la paz consigo mismo.

Una paz que de nuevo traerá aires de dignidad y respeto, de tolerancia y libertad. Sin ira, sin rencor. Sin miedo.

Por fin, podrán dedicar cada día de lo que les quede de vida a memorizar una lección. Una lección que, sin duda alguna, ellos han protagonizado durante estos tres cuartos de siglo últimos. Una lección que han dado a este país superando viejas deudas pendientes.

Todos ellos se acordarán siempre de este día con orgullo, dando de nuevo otra vez más, las gracias. Manteniendo el llanto, mimando las lágrimas, se acordarán del día en que

dejaron atrás la tristeza, la incertidumbre y el dolor, para pasar a ocupar un lugar definitivo en la memoria.

ACTO DE ENTREGA, EL DÍA 9 DE JUNIO DE 2012
EN AGUILAR DE LA FRONTERA (CÓRDOBA), DE LOS RESTOS
YA IDENTIFICADOS DE LOS DESAPARECIDOS A SUS FAMILIARES

PRÓLOGO

Siempre me ha fascinado Montesquieu, ese miembro de la pequeña aristocracia francesa, cosechero de vinos de Burdeos, que vivía en una sociedad sometida al absolutismo, pero tenía conciencia de que el mundo estaba evolucionando, de modo que dirigía su mirada hacia el futuro, tratando de adivinar los rasgos de una nueva sociedad que todavía no se sabía cuándo y cómo iba a aparecer en Francia. En principio su modelo era el de la Inglaterra «constitucional» de su tiempo, con una monarquía limitada y el poder legislativo repartido entre un cuerpo nobiliario hereditario y otro popular elegido.

Menciono estos hechos, e insisto en recordar la fecha de 1748 en que se publicó De l'esprit des lois*, para que reduzcamos a sus justos límites el significado «teórico» de sus observaciones sobre la separación de los tres poderes, y muy en concreto en lo que se refiere al judicial, del que opinaba que debía permanecer separado del legislativo (de otro modo el juez se convertiría en legislador) y del ejecutivo (puesto que, si no, sería «opresor»). Conviene además tomar en cuenta que estas observaciones, poco desarrolladas en el texto, aparecen en las páginas dedicadas a la «Constitución de Inglaterra» (*Esprit des lois*, XI, 6).*

El problema, respecto de este planteamiento, es que no dejó definido cómo podía organizarse un sistema que preservase la independencia del poder judicial, como lo demuestra que esta siga sin estar garantizada en los marcos políticos en que vivimos en la actualidad, en los que el juez puede participar con su actividad del poder legislativo (por su capacidad

de interpretar la ley que aplica), y del ejecutivo (al sentenciar), lo que efectivamente le convierte en más de una ocasión en «opresor», como había anticipado Montesquieu.

Es bien conocido el problema que se ha planteado en los momentos históricos en que un cambio político ha abierto nuevas perspectivas de transformación social y ha topado con el aparato judicial, heredado del régimen anterior, que se ha dedicado a sabotear la aplicación de las leyes, interpretándolas de manera restrictiva. Esta fue, sin duda, una de las tragedias a las que hubo de enfrentarse la Segunda república española, cuya moderada legislación reformista topó con la sesgada interpretación de las leyes por una parte del aparato judicial. El caso de la transición española, tras la muerte de Franco, podría parecer otro ejemplo de lo mismo, pero, como veremos, es mucho peor.

Desgraciadamente, no conozco estudios acerca de cuál fue la suerte de los jueces republicanos con la llegada del franquismo, paralelos a los que se han dedicado, por ejemplo, a la persecución del profesorado. Recuerdo un caso, que nos ha transmitido Ronald Fraser en su historia oral de la guerra civil, que aunque es de naturaleza algo distinta, resulta revelador. Francisco Partaloa, que era fiscal del Tribunal Supremo de Madrid en 1936, huyó a Francia, temiendo por su vida, y desengañado ante el desorden y la mortandad de los primeros momentos de la guerra. Como era persona «de orden», y amigo personal de Queipo de Llano, pudo regresar a España por Gibraltar; pero muy pronto pudo advertir que lo que ocurría en la zona franquista era todavía peor, como se lo contó a Fraser: «Pero que quede bien claro: tuve la oportunidad de ser testigo de la represión en ambas zonas. En la nacionalista era planificada, metódica, fría. Como no se fiaban de la gente, las autoridades imponían su voluntad por medio del terror. Para ello cometieron atrocidades. En la zona del Frente Popular también se cometieron atrocidades. En eso ambas zonas se parecían, pero la diferencia reside en que en la zona republicana los crímenes los perpetró una gente apasionada, no las autoridades. Estas trataban siempre de impedirlos. La ayuda que me prestaron para que escapara no es más que

un caso entre muchos. No fue así en la zona nacionalista». Lo que significa, dicho llanamente, que el sistema judicial trató de poner coto al terror en la zona republicana, mientras colaboró en la zona franquista a alentarlo.

La brutalidad con que se aplicó la represión en el territorio franquista, sin ningún respeto por los derechos humanos, es bien conocida. La investigación realizada en las últimas décadas lo ha demostrado de forma documentada en obras generales, como las de Preston o Espinosa, y en un gran número de estudios locales que han permitido llegar hasta el detalle de los abusos cometidos y de la falta total de garantías con que se aplicaba la justicia en un territorio en que, como dijo la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, refiriéndose al «Fuero de los Españoles»: «esta disposición carece de importancia práctica, dado que la mayoría de los derechos fundamentales enunciados en el Fuero son menoscabados por la legislación y la práctica administrativa».

No se trata de repetir aquí esta historia, sobradamente conocida, sino de sacar a la luz unos aspectos que suelen ignorarse, como son los que se refieren a la pervivencia actual de prácticas antidemocráticas propias del franquismo en el sistema judicial de este país.

La forma en que se realizó la transición, en que los partidos de izquierda renunciaron a sus principios, a cambio de que se les permitiera participar en el juego parlamentario que reiniciaban los mismos que lo habían asaltado y destruido en 1936, permitió que se amnistiasen los crímenes cometidos en los cerca de cuarenta años de gobierno dictatorial —sin que a nadie se le ocurriese pedir su opinión a las «víctimas del terrorismo franquista», sistemáticamente marginadas— y, lo que es mucho más grave, hizo posible que siguieran administrando justicia los mismos que habían sancionado los abusos ahora perdonados.

Lo peor fue, sin embargo, que no solo se acordó la amnistía, sino que se decretó el olvido. La recuperación de la historia de la represión se realizó por los esfuerzos surgidos de la propia sociedad, desde abajo, y por la

actividad de algunos historiadores que hubieron de hacer frente a los obstáculos que se ponían a la consulta de los archivos —alguno de los más importantes sigue siendo inaccesible a cerca de 75 años del fin de la guerra civil—, del mismo modo que se les puso impedimentos a los hijos y nietos de los asesinados para que conocieran el lugar en que yacían los restos de los suyos. En Cataluña, por ejemplo, donde la tarea de recuperación se había llevado a buen ritmo y con cierta eficacia en los últimos años, el retorno al poder de la derecha, con el gobierno de Convergència, no solo frenó esta actividad, sino que fue rápidamente desnaturalizada cuando el nuevo gobierno se apresuró a cambiar las reglas y determinó que había que dedicarse por igual a las víctimas del franquismo y a «los caídos por Dios y por España», como si estos no hubieran recibido ya suficiente atención en cuarenta años de celebraciones y en las beatificaciones que siguen produciéndose en la actualidad.

Todo esto no hubiera sido posible sin la complicidad activa del sistema judicial de la transición, nutrido desde el principio por la plana mayor de los jueces y fiscales que no solo habían intervenido en los juicios de la dictadura, sino que habían contribuido a legitimarlos con su actuación en los cargos políticos del régimen, convirtiéndose así, de acuerdo con los términos de Montesquieu, en «legisladores» y «opresores». El capítulo dedicado en este libro a la tolerancia que la magistratura mostró con la violencia institucional durante la transición puede servir de muestra para advertir cuán poco habían cambiado su conducta. Algunos de los casos que se relatan apenas pueden distinguirse de las historias de tortura y de asesinato de los tiempos más negros del franquismo.

Pudiera habérseles disculpado por el intento de borrar los rastros de su propia culpabilidad, pero su labor ha ido mucho más allá. Lo que comenzaron como un intento por eliminar el recuerdo de los crímenes del franquismo ha acabado convirtiéndoles en guardianes de una parte de los valores del viejo sistema, que la derecha hoy gobernante intenta recuperar.

Este triste presente en que vivimos, marcado por el retroceso de los derechos laborales, la erosión de los servicios sociales y la criminalización

de la protesta cívica —unas tareas a las que un sector de los jueces y fiscales han colaborado, y siguen colaborando, con dedicación y entusiasmo— no es más que el comienzo de un proyecto de retroceso global que nuestra derecha se propone proseguir, si se lo consentimos, con el fin de devolvernos a la añorada paz social de la dictadura, con un buen sistema represivo como garante.

Las cosas de que se habla en este libro podrán no parecer nuevas, en la medida en que han sido objeto de innumerables debates públicos, aunque normalmente solo encuentran eco en los medios de comunicación las voces de los partidarios de la derecha, empeñados en la actualidad en una nueva campaña para culpabilizar a la República y legitimar el franquismo. Pero lo que en estas páginas se encontrará es algo muy distinto: un estudio del lado oscuro de la democracia real en que hemos estado viviendo desde la transición, realizado por miembros del propio colectivo, que no se limitan a expresar opiniones, sino que aportan su propia experiencia y la fundamentan en una valiosa base documental: en unos textos oficiales que en ocasiones producen vergüenza, y en otros casos, indignación y horror.

En la medida en que puede ayudarnos a entender el retroceso político, económico y social a que estamos sometidos, lo cual es una condición necesaria para enfrentarnos a él, conviene leer con atención este libro.

JOSEP FONTANA

INTRODUCCIÓN

LAS RAZONES DE LA PERVIVENCIA DEL FRANQUISMO EN LA MAGISTRATURA

La razón de ser de la presente reflexión parte de las acertadas y precisas palabras del profesor Reyes Mate: «Imaginemos una injusticia pasada. Mientras no sea saldada quedará ahí, oculta o latente, a la espera de que haya una conciencia moral que la despierte. Esa huella estará ahí, acompañando la historia, porque la historia se ha construido sobre ella».[1] El objetivo del siguiente análisis es dar a conocer y poner de relieve una etapa esencial de la historia del poder judicial, análisis que no quedará cerrado porque, como ha demostrado el proceso contra el juez Garzón, aquella «huella» permanece viva y presente en la realidad actual de la magistratura española. Y, también, nos ha estimulado a este análisis comprobar que, en palabras del insigne jurista Jiménez de Asúa, nuestra magistratura aún no está del todo «recobrada de los ingentes quebrantos de una tremenda tiranía».[2]

El reconocimiento de la presencia en el seno de la magistratura española de un cierto sesgo ideológico franquista, de contenidos autoritarios, es consecuencia directa de una transición de la dictadura a la democracia que le afectó escasamente, por lo que solo lentamente asumió los valores democráticos. El corporativismo que siempre la ha caracterizado y el acreditado servilismo a los poderes ejecutivos determinaron su lento y

forzado proceso de adaptación al nuevo Estado democrático. El servilismo al franquismo fue la continuidad de su rechazo mayoritario a la República. «Expectación, moderación y escasa colaboración con la República, resumen el posicionamiento de los titulares de justicia, por lo que, en la posguerra, no les será difícil quedar libres de sanción y continuar sus respectivas carreras en línea ascendente.» Tras la tramitación de los expedientes de depuración, solo un 6% de miembros de la carrera judicial y un 12% de la carrera fiscal fueron separados del servicio. Esta es la valoración que merecieron en el estudio más riguroso que consta sobre esa etapa histórica de la judicatura.[3]

Antes de analizar las resoluciones judiciales que expresan no solo un profundo conservadurismo, sino la pervivencia de valores que enlazan con un respeto y hasta positiva valoración de lo que significó la dictadura, resulta indispensable facilitar ciertos datos expresivos de esta situación.

La Administración de Justicia o Poder Judicial es, esencialmente, una institución de resolución de conflictos, de restauración del perjuicio o daño causado, de tutela a las víctimas de cualquier forma de abuso o violación de derechos y de sanción a los responsables de dichos abusos. En los ámbitos que vamos a tratar, la respuesta es globalmente insatisfactoria e insuficiente, por no decir decepcionante. Ello explica la baja valoración que dan los ciudadanos a dicha institución. El corporativismo, el burocratismo, la aplicación de las leyes según criterios formalistas y distantes de los problemas sociales, cuando no complicidades ideológicas o políticas, conducen a ese resultado.

El primer problema está asociado a cómo afrontamos definitivamente nuestro pasado totalitario, el franquismo, de forma que se resuelvan a favor de las víctimas del mismo las deudas contraídas por un sistema, la dictadura, que aún no están completamente saldadas. La responsabilidad es compartida por los gobiernos democráticos y los tribunales de justicia. Porque no habrá en España un sistema completamente respetuoso de los

derechos humanos mientras aquellas víctimas no hayan sido plenamente reparadas. Y ello será difícil cuando advertimos los miedos y la benevolencia con que las instituciones se enfrentan a la dictadura. Actitud que no ha sido superada por la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, llamada de la Memoria Histórica,[4] porque, como expondremos luego, la magistratura se ampara en dicha ley para seguir negando a las víctimas de la dictadura sus derechos más básicos.

Pero el problema radica, en una parte muy sustancial, en la forma de llevarse a cabo la transición. Lo resumió muy bien Southworth: «Durante cuarenta años, los españoles fueron obligados a tragarse una falsa historia de su país y los efectos secundarios de una dieta tan asquerosa difícilmente pueden pasar en unos meses».[5] Y el magistrado Ramón Sáez concluía: «La cultura gremial de los jueces hunde sus raíces en la alegada y falsa neutralidad política, que encubría precisamente durante la dictadura franquista el sometimiento de los funcionarios a un poder político despótico». De aquí se derivaron una de las mayores «debilidades y renuncias», por decirlo en palabras de Carme Molinero, de la transición.[6]

La consecuencia fue la supervivencia del franquismo en las instituciones y parte de la sociedad, entendido como una cultura autoritaria y cierta complacencia con aquel régimen y sus consecuencias delictivas. Supervivencia favorecida por la ausencia de su estudio riguroso en los planes de formación en la enseñanza secundaria y bachillerato desde el inicio de la transición, generando en amplios sectores sociales una preocupante ignorancia sobre nuestro inmediato pasado.

Son expresiones de dicha supervivencia, entre otras, las siguientes:

1. La transición dirigida por los franquistas, llamados aperturistas, como lo afirma Rodolfo Martín Villa en sus memorias. Se opuso a cualquier forma de depuración de la policía política del franquismo por considerarlo «injusto» en un proceso político «como el que nosotros conducíamos».[7]

2. La Ley 18/84, sobre reconocimiento a los presos políticos, a los efectos de cotización a la Seguridad Social, de los periodos pasados en

prisión, que describe al franquismo como simples «secuelas» de la guerra civil.

3. El comunicado de Presidencia del Gobierno de 1986, con motivo del aniversario del 18 de julio de 1936, que, además de recordar y reconocer a los que lucharon por las libertades, se refiere al «respeto» a quienes lucharon por una «sociedad diferente», insólita forma de denominar a la dictadura y al terror impuesto por los golpistas desde 1936 hasta 1975.[8]

4. El rechazo mayoritario de los jueces de instrucción de España a las denuncias de los familiares de desaparecidos para proceder a la apertura de las fosas comunes, como estaban obligados a hacer conforme a lo dispuesto en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ante presuntas muertes «violentas o sospechosas de criminalidad». Solo diez jueces lo han hecho así en diez años. Expresión de una actitud, entre temerosa y complaciente, para afrontar los crímenes de la dictadura. Mientras, el gobierno del PSOE privatizaba, de forma compatible con ciertas formas de cooperación oficial, una actividad, como la búsqueda de los restos de los desaparecidos, que debía y debe ser esencialmente pública, de las administraciones y, en particular, de los jueces de instrucción y fiscales. Sobre todo, cuando, según datos oficiales, continúan pendientes de actuación 1.204 fosas comunes, según el último informe de la Oficina para las Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura antes de su supresión por el gobierno del Partido Popular (véase Anexo 1).

Un ejemplo del sentido que exponemos de la respuesta judicial queda reflejada en el siguiente auto, absolutamente rechazable ética y jurídicamente, dictado el 26 de noviembre de 2004 por la Audiencia Provincial de Teruel, algunos de cuyos fragmentos reproducimos:

> El 2 de septiembre de 2004 M. R. P. N. y A. P. G. presentaron escrito solicitando autorización para la exhumación de los restos cadavéricos enterrados en el cementerio de La Ginebrosa (Teruel) con el nombre de C. G. L. por sospechar, tras investigaciones realizadas por ellos al respecto, que corresponden a la persona de don P. P. G., tío y hermano respectivamente de los solicitantes. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Alcañiz desestimó la petición y contra dicha resolución se ha formulado recurso de apelación por la Sra. M. R. P. N. invocando
>
> a) infracción de Ley por inaplicación del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

b) violación del derecho a la tutela efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española por ausencia de motivación en la denegación de la práctica de pruebas,

c) violación del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española por error en la valoración de las pruebas aportadas por la parte y

d) violación del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española por inobservancia de los principios que rigen el procedimiento judicial en materia de prueba: principio de la verdad material, principio de impulso oficial y principio de inmediación.

Para la resolución del presente recurso debe partirse de que la prueba de exhumación no ha sido interesada en el marco de una investigación judicial abierta como consecuencia de procedimiento penal alguno (procedimiento cuya incoación no es posible al haber prescrito cualquier conducta relacionada con la muerte, en 1948, del familiar de los solicitantes) por lo que mal pueden ser aplicados los preceptos y principios alegados por los recurrentes enmarcados todos ellos en la instrucción de un recurso penal: así, el invocado artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina cómo proceder a la identificación del cadáver una vez abierto un sumario por muerte violenta o sospechosa de criminalidad, y los principios de verdad material, impulso oficial e inmediación son aplicables, como bien dicen los recurrentes «durante la instrucción de un procedimiento» pero no ante una petición aislada de exhumación que no guarda relación con procedimiento judicial alguno.

En realidad lo que pretenden los Sres. P. N. y P. G. es rectificar la inscripción de defunción de C. G. L., para lo cual deberán utilizar el cauce adecuado, y en el curso del expediente que se abra en el Registro Civil correspondiente, hacer las alegaciones e interesar las pruebas que consideren convenientes. Por todo ello debe ser desestimada la petición efectuada por los ahora recurrentes en la forma utilizada.

A partir de estos erróneos y desafortunados razonamientos, la Audiencia citada desestimó el recurso, denegando definitivamente la exhumación de los restos de los familiares de los recurrentes.

Resulta fuera de toda duda, como luego veremos con más extensión, que la administración de justicia, a la vez que ha mantenido en la impunidad crímenes de lesa humanidad, negándose a perseguir e investigar tales delitos, y sancionar a los responsables, ha continuado negando recursos efectivos para que las víctimas de crímenes contra el derecho internacional, o las familias de víctimas de desaparición forzada y de ejecuciones extrajudiciales, pudieran acceder a su derecho a saber y recuperar los restos de sus seres queridos.

5. La actividad parlamentaria refleja también la posición de los gobiernos ante las víctimas de la dictadura y, por tanto, ante esta misma. Según informe del Ministerio de la Presidencia («Iniciativas parlamentarias relativas a la guerra civil y la dictadura»), una vez concluida la segunda

legislatura —en 1986— «no se vuelven a producir modificaciones legislativas en esta materia», que se reinician en la sexta legislatura con la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, sobre reintegración de bienes y derechos incautados a los partidos políticos durante el periodo 1936-1939. Periodo que coincide con las mayorías socialistas y que concluye con una medida vergonzosa; mientras los partidos se benefician de sustanciosas indemnizaciones, se les niegan mayoritariamente a los represaliados por la dictadura y a los injustamente condenados por los tribunales franquistas.

6. En la Comisión interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y la dictadura, creada por el Gobierno en 2004 para la preparación de la Ley 52/2007, fue invitada a participar Falange Española y de las JONS, nueva expresión del reconocimiento institucional de los verdugos de la represión franquista y su rechazable equiparación con sus víctimas. Y, desde luego, la debilidad del Gobierno ante la actual extrema derecha.

7. El proceso al juez Garzón por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Si se estudian las resoluciones dictadas por el juez Luciano Varela y el Tribunal Supremo se aprecia, sin ninguna duda, la decisión de perseguir, en la forma que luego veremos, la apertura de una causa criminal contra el franquismo. Proceso en el que debe destacarse el protagonismo de la extrema derecha española, Falange y el pseudosindicato Manos Limpias, frente a la oposición a dicho proceso por el fiscal.

8. Así lo refleja también el Acuerdo de la mayoría conservadora del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 2006, que rechazó una propuesta de cuatro vocales progresistas de dicho órgano con motivo de la aprobación de la Ley 24/2006, proclamando este año como el de la Memoria Histórica.[9] La propuesta era dar un «reconocimiento a aquellos servidores de la justicia, jueces, magistrados, fiscales y secretarios judiciales, que vieron su carrera y su vida afectadas, convirtiéndose en víctimas de la guerra civil o posteriormente de la dictadura franquista».[10] La propuesta, con una manifiesta oposición a lo acordado en dicha ley, fue rechazada por la mayoría conservadora bajo la dirección del magistrado

Adolfo Prego de Oliver, luego ponente de la causa penal incoada por el Tribunal Supremo contra el juez Garzón por la investigación de los crímenes del franquismo. Su actual excedencia de la carrera judicial no puede impedir la perplejidad e indignación que siempre generó la participación de dicho magistrado, de ideología ultraderechista, en la sala del Tribunal Supremo que instruyó dicha causa

9. Resulta igualmente digno de destacarse que el juez Luciano Varela, instructor de la causa contra el juez Garzón, en el auto de 3 de febrero de 2010 —razonamiento jurídico cinco— justificara lo que él llama «extensa inhibición judicial» ante lo que definía como «horrendos hechos origen de la causa». Y, para fundamentar el reproche penal a la iniciativa procesal del juez Garzón, llega a decir que «no es razonable pensar que nos encontráramos ante una especie de conspiración de silencio de la que serían protagonistas todos quienes le precedieron en el escalafón judicial y en el del ministerio fiscal, por no citar a las organizaciones ciudadanas que, antes y después de la Constitución, han mostrado una encomiable sensibilidad frente a la masacre y a la tragedia que para los más elementales derechos humanos supuso la guerra civil y la dictadura que le siguió».[11] Valoración radicalmente falsa cuando se ha constatado históricamente la pasividad, complicidad y activa colaboración de los jueces y fiscales con el aparato represor de la dictadura hasta 1976.

10. La actitud descrita de la magistratura ante la dictadura es perfectamente visible. Basta con constatar su nula respuesta, por ejemplo, ante cuatro de las múltiples violaciones de los derechos humanos que se relatan en la Recomendación 1736/2006 de la Asamblea del Consejo de Europa de 17 de marzo de 2006 sobre el franquismo:

> 57. Inmediatamente después del final de los combates militares, el régimen franquista impuso la ley marcial en toda España. Uno de los aspectos principales del nuevo régimen fue el sistema de justicia militar expeditiva puesto en marcha para juzgar a sus opositores, es decir, a toda persona que hubiera servido voluntariamente en el Ejército republicano o toda persona que hubiera expresado su apoyo a la República. Al someter a juicio militar hasta 1962 (e incluso más tarde en algunos casos) a todo individuo considerado como opositor político, el régimen franquista privaba de hecho a los defensores de toda garantía seria y de su derecho a un representante legal.

59. Durante los años cuarenta, además, numerosos detenidos políticos no fueron presentados ante un tribunal. Miles de personas fueron mantenidas durante años en detención administrativa, sin el menor control judicial. Las cifras oficiales del régimen franquista, que son sin duda inferiores a la realidad, reconocen un total de 62.000 personas en detención administrativa entre 1940 y 1941.

60. En los años cuarenta, los presos políticos eran muy numerosos en España. Según las cifras oficiales, que los historiadores consideran generalmente como infravaloradas, durante la primera mitad del decenio eran 300.000 de una población de 25,9 millones. En comparación, en enero de 1936, antes de la guerra civil, la población reclusa en España era de 34.526 personas. La tasa de reclusión (número de detenidos por 100.000 habitantes) era en 1940 casi tan elevada como en la Alemania nazi (respectivamente 1.158 y 1.614).

62. Las brutalidades de la policía y el recurso sistemático a la tortura eran la norma; estas prácticas eran producto de un clima de impunidad y de políticas deliberadas. Las mujeres detenidas en las comisarías de policía eran sometidas a menudo a violencias sexuales y malos tratos físicos y psicológicos. Técnicas de control físico y psicológico y de «vigilancia moral» fueron especialmente concebidas para romper la moral de los detenidos e instaurar nuevas relaciones de dependencia hacia el régimen y el orden social establecido por este.

Ante esta máxima expresión de represión, violencia y brutalidad, la judicatura guardó silencio, es decir, amparó a los responsables de ella. Y así fue, con limitadas excepciones, hasta el final del franquismo.

Pero resultan necesarias algunas muestras de aquella «encomiable sensibilidad» de la magistratura hacia los crímenes de la dictadura de que hablaba el juez Varela. Por ejemplo, con referencia a la persecución de la tortura. Estos son algunos de los escasos ejemplos que conocemos:

Por sentencia de nueve de noviembre del mil novecientos setenta y dos, dictada en el Juicio de Faltas 475/72, siendo juez titular del Juzgado Municipal N.º 19 de los de Madrid Eulogio García Fernández, se consignaron en el primer resultando —hoy denominado antecedentes de hecho— «que el día 19 de junio de ese mismo año, cuando se iba a comenzar una reunión autorizada por la Autoridad Gubernativa en la Facultad de Ciencias Políticas para profesores no numerarios, al ir a penetrar en el aula el alumno Francisco Lobatón fue advertido que no podía hacerlo, por lo que dio media vuelta y se dirigió de forma normal a un bar próximo en el que se encontraban bastantes personas, en cuyo momento de forma inopinada fue sujetado por el cuello, por el denunciado Antonio Munera y al conseguir desarcirse [*sic*] de dicha sujeción, momentos más tarde, lo fue igualmente ya dentro del bar, por el denunciado González Pacheco, que le obligó con su presión a caer al suelo, momento igualmente en que José Jaro sacaba su pistola reglamentaria con intención, según manifiesta de protegerse a si mismo y a sus compañeros, siendo después conducido el expresado Francisco Lobatón por los mencionados Inspectores de servicio a una oficina interior, desde la que minutos más tarde, en automóvil fue conducido por los Inspectores González Pacheco y Moreno Álvarez a la Dirección General de Seguridad, el repetido Francisco Lobatón sufrió erosiones que según informe de sanidad forense, debieron curar dentro del plazo legal de quince días.»

Dichos hechos fueron calificados como constitutivos de dos faltas, una de malos trato de obra en la persona de Francisco Lobatón, de la que fueron responsables los denunciados Antonio Munera Roca y Antonio González Pacheco y otra de coacción de la que son responsables los mismos y el también denunciado José Jaro Arias [...] ya que los dos primeros se abalanzaron sin demostración de justificación alguna sobre Francisco Lobatón y el último, por la circunstancia de que igualmente sin motivación probada, hubiese hecho pública ostentación de su arma de fuego con el consiguiente riesgo para las personas, por lo que se dictó fallo condenando a los policías Antonio Munera Roca y Antonio González Pacheco como autores responsables de una falta de malos tratos de obra a Francisco Lobatón y Sánchez de Medina a la pena de quinientas pesetas de multa a cada uno, sufriendo en el caso de impago el arresto sustitutorio. E igualmente se condenaba a los dos policías mencionados y al tercero José Jaro Arias en concepto de autores de una falta de coacción a la pena de quinientas pesetas a cada uno de los expresados y además abonar las costas.[12]

Estos otros dos supuestos confirman la nula respuesta judicial ante la tortura durante la dictadura:

Como consecuencia de la incoación, primero de la causa sumarísima ante la jurisdicción militar y luego del procedimiento ante el TOP (por la declaración del Estado de excepción de 1969) abundaron las denuncias de detenidos por los malos tratos policiales durante su permanencia en la Sexta Brigada (la de Barcelona). Dichas denuncias determinaron que el Juzgado de Instrucción n.º 12 de Barcelona, incoara las Diligencias Previas 567/69. Durante la tramitación de estas, prestaron declaración ante el juez de instrucción ocho Inspectores de la Brigada Social, incluido el «Jefe de Grupo de Represión del Comunismo», el 27 de enero de 1970. Ya es reveladora de la complaciente actitud del juez ante los policías denunciados, que los Inspectores no declarasen como imputados, en cuanto presuntos autores de una infracción penal, sino como testigos. En ausencia de cualquier pregunta del juez, los Inspectores dijeron que los detenidos fueron tratados con una «corrección exquisita» y que las denuncias que habían formulado no tenían otra finalidad que «desprestigiar al Cuerpo de Policía y al Régimen Español». A partir de aquí, es explicable que el juez acordara inmediatamente el archivo de la causa sin practicar ninguna diligencia de prueba. Ante la patente irregularidad que ello representaba, la Audiencia Provincial de Barcelona ordenó que se recabara un informe de los Centros Penitenciarios donde todos habían ingresado después de muchos días de detención gubernativa. El informe de la Autoridad penitenciaria negó que los detenidos ingresados en los respectivos centros sufrieran ningún tipo de lesión. Finalmente, la Causa fue definitivamente archivada por auto de 28 de septiembre de 1970. La Autoridad Judicial —ante uno de los casos más graves de tortura— dio por buenas las cínicas y desafiantes explicaciones de los Inspectores.

La letrada Ascensió Solé hace alusión a la denuncia formulada por Francisco Puerto: «F.P. denunció las lesiones y coacciones sufridas por las torturas recibidas en la Jefatura de Policía de Barcelona y, por este motivo, el juez de Instrucción n.º 7 de Barcelona incoó las diligencias número 106/72 que remitió al Juzgado de Orden Público». Dicho procedimiento, después de haberse oído a un miembro de la Sexta Brigada, fue archivado por el juez competente de Barcelona por auto de 15 de enero de 1973. Según la denuncia formulada por dicha letrada, «durante los interrogatorios el Sr. Puerto fue sometido y fue objeto de malos tratos de obra, sobre todo en el primer interrogatorio, y de insultos hacia su persona y su familia», precisando que le «tiraban de los cabellos, le propinaban golpes y puñetazos, en la cara, cabeza, nuca, espalda,

estómago, por veinticinco o treinta veces, así como patadas en los testículos por cinco o seis veces». Además, «se le obligaba a permanecer durante largas horas en la posición siguiente: las piernas abiertas a una distancia de un metro o metro y medio de la pared, cuerpo inclinado hacia la misma, posición que debía mantener durante tantas horas, los funcionarios denunciados le aguantaban el cuerpo de vez en cuando, sujetándole por los cabellos».[13]

La referida letrada también se refirió a la tortura infligida en 1972 a Antoni Calsapeu: «A.C. presentó denuncia ante el Juzgado por malos tratos de palabra y obra y coacciones contra los funcionarios de la Sexta Brigada Política Social de la Jefatura Provincial de Barcelona. Al ser detenido ya comenzaron a golpearle en el estómago diciéndole que si hubiesen llevado pistolas ya lo habrían matado. Recibió golpes de los cinco o seis funcionarios que le golpeaban y fue sometido a una tortura consistente en estar extendido sobre una mesa de forma que desde la cintura hasta la cabeza le colgase el cuerpo. También fue sometido a la "cigüeña", encogido y con los brazos esposados detrás de los tobillos haciéndole caminar así y cuando se quejaba le golpeaban más. Así estuvo las 72 horas». No consta que por hechos descritos se incoara procedimiento judicial alguno. Dicha letrada afirma que el «juez de Arenys sancionó a los funcionarios de la Brigada Social de Jefatura de Policía «por no comunicarle las Diligencias Policiales en el término de 24 horas desde la detención» imponiéndoles una multa de 250 pesetas "a los policías David Peña y Luis García", sanción que parece que luego les fue levantada».[14]

11. Una orden del fiscal del Tribunal Supremo de 1975, Fernando Herrero Tejedor, también ilustra cuanto decimos (días después fue nombrado secretario general del Movimiento). La Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde su vigencia en 1882, contiene un precepto, el artículo 526, que impone al juez de instrucción y al fiscal el deber de visitar «una vez por semana» las prisiones de la localidad para conocer «la situación de los presos y detenidos» y adoptar las medidas procedentes «para corregir los abusos que notaren». Es evidente que durante la dictadura dicho deber no se cumplía, pese a la extraordinaria gravedad de las situaciones de los presos, políticos o no. Ante las periódicas visitas que hacia la fiscalía a la prisión de Huesca, dedicada a lo que se llamaba la «rehabilitación de psicópatas»,

como consecuencia de las cuales «con gran frecuencia...» se denunciaban a la autoridad judicial «hechos relacionados con el régimen penitenciario a que están sometidos (los presos): malos tratos, falta de asistencia médica y alimenticia, coacciones, etc.», dichas denuncias determinaban la apertura de diligencias judiciales para la averiguación de los hechos. Ante dichas denuncias, el fiscal general decidió acabar con las visitas que ordenaba la ley y, el 27 de enero de 1975, ordenó que cesaran las visitas que, decía, «nunca estaban pensadas [...] como medio de investigación o intromisión en el régimen penitenciario interno». El fiscal, decía, estaba para investigar delitos pero no hechos «que supongan restricciones a la conducta de los reclusos previstas o autorizadas por los reglamentos penitenciarios o que formen parte de lo que comúnmente se entiende como atribuciones de las autoridades encargadas del régimen interno del establecimiento para mantener la disciplina dentro del mismo. Por ello, en lo que concierne al ministerio fiscal, debe oponerse a cualquier investigación que tienda, pura o exclusivamente, a averiguar la forma como se lleva a cabo la aplicación de los reglamentos internos». Para, finalmente, ordenar que el fiscal, si apreciara «algún indicio de que el tratamiento a los reclusos puede ser inadecuado o no reglamentario» lo comunicara, no al juez de instrucción, sino a la Fiscalía del Tribunal Supremo. Así se procedía en las postrimerías de la dictadura, para impedir cualquier forma de control judicial sobre las cárceles.

12. Es también significativo que en el mejor análisis que se ha hecho sobre la relación del Tribunal Supremo y el franquismo, el examen de la jurisprudencia del periodo 1964-1974 relativa a los recursos de casación contra las sentencias del Tribunal de Orden Público (TOP), su autor, el profesor Bastida, afirmara en 1986 que dicho análisis era «un documento vivo y actual. Vivo, porque vivos están muchos de los miembros de aquel Tribunal Supremo, la mayoría aún en la vida activa, con plaza en el mismo Tribunal, en la Audiencia Nacional, o, incluso, en el Tribunal Constitucional».[15]

En el mismo sentido se expresaba el profesor Martín Retortillo en 1984: «En el periodo anterior abundaron los jueces o fiscales que gustaron las mieles de los cargos políticos y de designación: delegados periféricos y procuradores en Cortes [...]. Y muchos de aquellos [...] no solo pueblan todavía los descansillos del escalafón sino que están bien situados en las alturas, en los sillones mullidos, en las *chaises longues*, en los tresillos, en los tronos. ¿Llegarán incluso al Consejo General del Poder Judicial, o les entrará el escrúpulo, les dará el pálpito democrático y se detendrán ante los umbrales?»[16] Idénticos análisis se han hecho respecto del ministerio fiscal. «En el tiempo del franquismo la carrera fiscal había sido una de las canteras de cuadros de dirección política del régimen franquista.»[17] Observación complementada por los datos ofrecidos por el profesor Álvarez Álvarez: «El porcentaje más importante de estas carreras estaba asignado al Ministerio de Justicia (mitad de los cargos de dirección de departamentos en los últimos años de la dictadura) y al Ministerio de Trabajo (52,2 % de los cargos de dirección de departamentos entre 1957 y 1962)».[18]

La anterior apreciación ha sido analizada y contrastada por el magistrado jubilado Juan José del Águila en su análisis sobre el Tribunal de Orden Público,[19] donde describe el fácil acomodo en el sistema democrático de jueces que habían ocupado cargos relevantes en la dictadura y, particularmente, en dicho tribunal. Los magistrados y fiscales que desempeñaron sus funciones en el mismo, acreditaron la «extrema dependencia institucional de esta jurisdicción en relación con el ejecutivo franquista» y, por tanto, «participaron de la ideología criminalizadora del régimen».[20] Ello no fue obstáculo para que, como bien aprecia el magistrado del Águila, «las disposiciones del Decreto de supresión del TOP no impidieron, sin embargo, que sus antiguos magistrados, jueces y fiscales siguieran ejerciendo en otras jurisdicciones, e incluso que llegaran a estar destinados en las más altas instancias jurisdiccionales del país, como las Presidencias de las Audiencias Provinciales y Salas del Tribunal Supremo».[21] Y cita la totalidad de los magistrados del TOP, jueces instructores y fiscales que prestaron servicio en dicho tribunal de represión política: José

de Hijas Palacios, Enrique Amat Casado, Antonio Torres-Dulce Ruiz, José Francisco Mateu Cánoves, Carlos M.ª Entrena Klett, José Redondo Salinas, Antonio Martínez Carrera, Fernando Méndez Rodríguez, Gabriel Gonzálvez Aguado, Fernando Cid Fontán, Rafael Gómez Chaparro, Jaime Mariscal de Gante, José Garralda Valcárcel, Manuel González Alegre, Diego Córdoba García y Manuel Gómez Villaboa, como magistrados y jueces, y, como fiscales, Antonio González Cuellar, Félix Hernández Gil, Luis M. Poyatos Bernáldez, Carlos Iglesias Selgas, Eugenio de Herrera Martín, Luis Beneytez, José M.ª Riera Larios, Lisardo Fuentes Bullido y Jesús Silva Porto. Concretamente, José de Hijas se jubiló en 1986 como presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y Fernando Méndez, Mariscal de Gante y Gómez Chaparro se incorporaron a la Audiencia Nacional.

A los que habría que añadir los numerosos magistrados comprometidos ideológicamente con la dictadura como, entre otros, Ricardo Varón Cobos, Francisco Pera Verdaguer, Adolfo de Miguel Garcilópez, etc.

Y nadie como un magistrado del Tribunal Supremo del franquismo para expresarlo con mayor claridad. Decía así Vivas Marzal: «Nosotros en el Tribunal Supremo estimamos que los magistrados no podemos tener otra intervención en política que la de emitir nuestro voto, como dice la Ley Orgánica. Cuando en España no había más que una política, muchos de nosotros la hemos servido, incluso con entusiasmo. Pero en el momento en que en España hay varias políticas la obligación de los tribunales es la de mantenerse neutrales, aplicar e interpretar las leyes como dice nuestra Ley Orgánica».[22] Lo expuesto es bastante clarificador y consecuencia de una más que imperfecta transición política tal como la definió el fiscal José María Mena: «El espíritu de la transición fue un pacto de silencio y de desmemoria. Nadie lo ha descrito con tanta concisión, brillantez y claridad como Iñaki Gabilondo cuando señalaba que fue un fenómeno de generosidad asimétrica en que los vencidos perdonaban a los vencedores, y se establecía una relación de equivalencia entre la legalidad y la ilegalidad. Es decir, que a los oprimidos se les concedió perdonar a los opresores a

cambio de poder acceder a la convivencia democrática».[23] Como consecuencia de estas circunstancias históricas, la magistratura tiene todavía, como ha recordado el profesor Aragoneses, «trazas de culturas anteriores», favoreciendo la pervivencia de comportamientos que reflejan la cultura jurídica conservadora dominante en la magistratura durante casi todo el siglo XX a excepción, muy limitadamente, del periodo republicano. Lo que pudiera estar favorecido por una constatación del magistrado del Águila: «En las convocatorias acontecidas desde 1975 —escribe en 2001— para cubrir plazas de magistrados, jueces y fiscales, no se ha introducido ningún programa donde se haga mención a las jurisdicciones especiales o al Tribunal de Orden Público; ni que decir tiene, que tampoco al tema de la represión política».[24]

13. Conviene también tener presente, para comprender el estado actual de ciertos sectores de la magistratura y su posicionamiento frente al franquismo que aquella participó activamente en todos los órganos represores de la dictadura, desde los consejos de guerra hasta el TOP. Es significativo que en el Decreto n.º 55, de 1 de noviembre de 1936, que firmaba el general Franco y regulaba el llamado procedimiento «sumarísimo de urgencia» ya se establecía la participación de «funcionarios de la carrera judicial o fiscal» en los consejos de guerra. «El Ministerio Público estará representado por un técnico de los Cuerpos o Carreras antes dichas [...] designados libremente por el General en Jefe del Ejército del Norte, quien los adscribirá a cada uno de los Tribunales ante quien deban actuar». Jueces y fiscales son desde ese momento una pieza esencial del aparato represivo a través de una actuación en la que ya no queda ni sombra de independencia judicial. Se constituyen en un instrumento subordinado a los generales que les nombran y están para aplicar, sin la menor reserva, las instrucciones u órdenes de sus superiores militares. Aplicando, primero, bandos de guerra y luego las leyes subversivas que persiguen y condenan por delito de rebelión militar a quienes, incluyendo jueces y fiscales fieles a la República, eran precisamente las víctimas de los ejecutores de la sublevación militar, los verdaderos y únicos rebeldes. Todos ellos

traicionaron el principio de la Constitución de 1931: «Los jueces son independientes en su función» (artículo 94).

Nos basta con unas muestras de lo que decimos:

En el consejo de guerra de oficiales generales celebrado en León el 5 de noviembre de 1936 participaron como vocal ponente «el juez de Primera Instancia e Instrucción excedente don Gonzalo Fernández Valladares» y como fiscal «don Leopoldo Duque Esteve, juez de Primera Instancia de Astorga». Fueron juzgados dieciséis acusados, quince de los cuales fueron condenados por delito de traición militar del artículo 223. 6º del Código de Justicia Militar a la pena de muerte y fusilados. Eran ciudadanos republicanos pacíficos a quienes se atribuyó que habían coadyuvado a «la desmembración de la Patria» y a la destrucción del «Ejército, brazo armado y defensor de la unidad Nacional».

En los expedientes personales de los jueces y fiscales que se incorporaron a los consejos de guerra constan referencias como estas a título de méritos:

– Haberse negado a presidir el Tribunal Popular que había de juzgar a José Antonio [...]
– Procuró por todos los medios sembrar el derrotismo en la zona roja, afiliándose a la organización clandestina «Quinta Columna» [...]
– Ha desempeñado sus servicios en esta Auditoria con entusiasmo y competencia reconocida. [...]
– La Autoridad militar competente agradece a un juez «haber cooperado con el mayor entusiasmo al resurgir de España» [...]
– Se reconocen sus méritos «por haber rehusado integrarse en los Tribunales Populares» [...]
– «Desde el primer día del Glorioso Movimiento Nacional empezó a desempeñar funciones jurídico-militares en el Gobierno Militar de dicha plaza». Asimismo, constan las concesiones de condecoraciones militares por los servicios prestados.[25]

La participación en el TOP fue extremadamente relevante. La identificación del Tribunal Supremo con la dictadura fue de tal intensidad que, como resulta del análisis del profesor Bastida, dicho tribunal no solo confirmó prácticamente todas las sentencias dictadas por el TOP, sino que además reconocía y justificaba en sus resoluciones el régimen dictatorial ante lo que calificaba como «momentos difíciles» para España, la total concentración de poderes en el dictador, el carácter «permanente e inalterable» de los principios del Movimiento Nacional, llegando incluso a referirse entusiásticamente a «nuestro Alzamiento Nacional» (C-105/73).[26]

Un juez que salía de un Estado totalitario al que había servido, «con el entusiasmo» que describe Vivas Marzal, tenía ante sí un reto esencial, el definido en su día por Miliband: «El concepto de independencia judicial encierra, por fuerza, no solo la exención de los jueces de responsabilidad ante el ejecutivo político, sino también su obligación activa de proteger al ciudadano en contra del ejecutivo político o de sus agentes, y actuar, en los choques del Estado con miembros de la sociedad, como defensores de los derechos y libertades de estos últimos».[27] La respuesta judicial durante la democracia en los ámbitos que van a examinarse ha estado, en ocasiones, condicionada por las decisiones y también los silencios de los poderes ejecutivo y legislativo, pero, en todo caso, las resoluciones que se examinarán asumen posiciones que son incompatibles con los valores democráticos y con los principios de justicia que deben presidir un sistema democrático. Previamente al análisis de las resoluciones judiciales, examinaremos el distanciamiento y la tibieza con que las jerarquías de la carrera judicial y fiscal afrontan la transición de la dictadura a la democracia.

En primer lugar, serán analizadas las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo ante los recursos de revisión planteados por los familiares, fundamentalmente descendientes de quienes, muy

mayoritariamente, fueron juzgados, condenados a muerte y fusilados por los consejos de guerra franquistas. Estudio que incluye un análisis del proceso militar al *president* Companys y la respuesta al mismo del Fiscal General del Estado.

En segundo lugar, la posición mayoritariamente benévola de la magistratura ante la violencia institucional —policía y extrema derecha— durante la transición y la primera etapa de la democracia.

En tercer lugar, será objeto de análisis cómo ha respondido mayoritariamente el poder judicial ante la revelación pública de los crímenes del franquismo, consecuencia de la investigación histórica, revelación que constituye una forma de satisfacer el derecho a saber de la ciudadanía de una realidad que ha pretendido ocultarse y olvidarse durante tanto tiempo. Respuestas que, de forma mayoritaria, han dado prioridad al derecho al honor de los responsables de dichos crímenes y de sus familiares en perjuicio de un derecho sin duda preferente como es el de la libertad de expresión y de información, máxime cuando esta información, objetiva y veraz, está contribuyendo a la construcción y conocimiento de nuestra verdad histórica.

En cuarto lugar, se verán las resoluciones de los juzgados de instrucción que, con salvadas excepciones, ante las denuncias de los familiares de los desaparecidos, en busca de sus restos depositados en fosas comunes, han rechazado abrir investigaciones penales.

Y, finalmente, se examinará la respuesta del Tribunal Supremo ante la investigación penal abierta por el juez Garzón en virtud de la denuncia penal formulada por familiares de desaparecidos y otras entidades, atribuyéndole injustamente, como luego concluyó por reconocer, un inexistente delito de prevaricación.

El posicionamiento de la magistratura en todos estos supuestos tiene un común denominador: el miedo a afrontar las consecuencias delictivas del franquismo, miedo que necesariamente contiene, al menos objetivamente, una cierta complacencia con un pasado totalitario que no acaba de desaparecer del horizonte.

En un Estado democrático con un poder judicial formalmente independiente, el criterio que debiera haber presidido las resoluciones examinadas ante «razones en pugna» o «intereses o bienes en conflicto» debiera haber sido la opción por una solución proporcional y justa. Es decir, un juicio de ponderación que, en democracia, parte de una igualdad entre las normas en conflicto, lo que en gran parte de los supuestos examinados no ocurre, pues una parte de las normas causantes del conflicto, las normas represivas franquistas, fueron generadas por un sistema político totalitario y, por tanto, carecen ahora de licitud y desde luego de validez, tanto como consecuencia de la derogación tácita contenida en la Constitución de 1978 como de la derogación expresa contenida en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.[28] Además, los jueces debían haber tenido presente que, mientras adoptaban resoluciones que implicaban un apoyo explícito o implícito del franquismo, este, en cuanto triunfó definitivamente el golpe militar, acordó la amnistía de los crímenes cometidos por los suyos. En la Ley de 23/9/1939 se consideraban «no delictivos» todos los delitos de carácter «político social» cometidos por personas de «ideología coincidente con el Movimiento Nacional» desde la proclamación de la República. Disposición que muestra el rechazo que merecen las decisiones judiciales, ya en democracia, que han tratado con tanta lenidad y hasta reconocimiento los crímenes de la dictadura.

En una obra de esta naturaleza han sido consultadas numerosas resoluciones judiciales, particularmente sentencias. Sin perjuicio de la excelente disposición que siempre hemos encontrado en las responsables de los archivos judiciales, no podemos dejar de constatar (no sabemos si también es un residuo del pasado), las dificultades que presenta el acceso a los mismos. Hasta fechas muy recientes no ha habido una regulación expresa sobre el acceso a la documentación judicial, entendiendo por tal los libros de registro del curso de los procesos, desde su inicio hasta su conclusión; los procesos en sí mismos, con toda la documentación que incluyen, las resoluciones judiciales, los documentos que reflejan las actuaciones practicadas por los jueces y ante ellos, los dictámenes de los fiscales, los escritos presentados por las partes (esencialmente letrados) y los informes de toda naturaleza aportados por instituciones públicas y entidades privadas. Todo ello, resumidamente, conforma el archivo de un proceso. Y, naturalmente, ello proporciona la base de los archivos judiciales.

El acceso a dichos archivos es hoy más restrictivo que a otros de responsabilidad pública. Sobre todo, a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). La proclamación constitucional de que las «actuaciones judiciales serán públicas» ha quedado en mera retórica al haberse hecho un uso abusivo de la facultad de excepcionar esa publicidad. Según el artículo 266 de la LOPJ, los interesados pueden acceder al texto de las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los magistrados que las hubieran dictado, depositadas en las oficinas judiciales y registradas en los sistemas informáticos. Y añade: «El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas [estamos hablando de la sentencia, no estamos hablando del procedimiento en su conjunto], podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela [concepto que no hemos encontrado en ninguna disposición legal ni reglamentaria] o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados,

cuando proceda, así como con carácter general para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes». Se establece, pues, una criba. En el caso de los derechos de las personas dignas de especial tutela no se sabe si son los jueces que dictan la sentencia o las personas acusadas, condenadas o absueltas, o los testigos que hubieran sido citados en el proceso, o las víctimas, y por qué son objeto de especial tutela, hasta el punto de restringir el acceso al conocimiento público de determinadas sentencias. Todo ello crea una cierta confusión sobre el concepto de especial tutela y permite un ejercicio no solo discrecional sino arbitrario a la hora de restringir el acceso al conocimiento de determinadas sentencias, que, como es sabido perfectamente, son miles y miles al cabo de cada año. Luego está el concepto de la utilización de la sentencia para fines contrarios a las leyes, un concepto que no hemos encontrado en ninguna resolución, y que como no ha sido objeto de desarrollo reglamentario permite una interpretación muy restrictiva. Un tratamiento completamente limitado de la facultad de acceso a las sentencias que, en definitiva, son el núcleo esencial del proceso. Dicha limitación se complementa con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la consulta de «libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado». El acceso a dicha documentación y la decisión sobre si concurren o no las indicadas restricciones corresponden a los secretarios judiciales que se constituyen así en la llave para la consulta, el conocimiento y el acceso a toda la documentación judicial. Dicha ley les autoriza para facilitar información sobre el estado de las actuaciones «salvo que sean o hubiesen sido declaradas secretas conforme a la ley» y para que quien «acredite un interés legítimo» pueda obtener «copias simples» de documentos judiciales «no declarados secretos ni reservados». El Consejo General del Poder Judicial aprobó el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, que se limita a reproducir estos preceptos, pero lleva a cabo una interpretación del concepto de documento reservado que no corresponde hacer a un órgano administrativo a través de una disposición de rango reglamentario. Dice así: «Tendrán carácter de reservado las actuaciones

judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales». Disposición completamente indeterminada que crea un espacio de total inseguridad jurídica y que permite cerrar por completo el acceso a los archivos judiciales. Quizá para ese fin se ha adoptado el criterio, al menos en las sentencias ya firmes, de cambiar la identidad de cuantos han intervenido en el proceso asignándoles a todos una identidad ficticia, lo que dificulta enormemente el pleno conocimiento de la resolución.

En conclusión, estamos ante disposiciones que van mucho más allá de las reglas generales establecidas en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y que merecerían una especial atención para reformarlas y adecuarlas al derecho que hoy se reconoce con carácter general de «acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos» que proclama el artículo 105 de la Constitución.[29]

1

LAS «APERTURAS DE TRIBUNALES»: LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN A LA DEMOCRACIA

En una profesión tan rodeada de ritos, desde su vestimenta profesional, la toga —cuando no collares y condecoraciones—, hasta su distanciamiento de la sociedad, pasando por su lenguaje generalmente críptico, la ritualidad se eleva al máximo en el acto anual, celebrado en el Salón de Plenos del Tribunal Supremo, para proclamar solemnemente que, por fin, van a comenzar a trabajar. Por ello, conservan plena actualidad las palabras del entonces ministro de Justicia don Fernando de los Ríos Urruti el 12 de septiembre de 1931, días antes de dicho acto: «... Desde luego, quedará ya depositado en el seno del Archivo arqueológico el Gran Collar de la Justicia, símbolo de todos los mitos, que aunque preciosos, son mitos al fin. Sería interesante hacer un análisis de dichos mitos. Hay que tener para ellos un saludo de cortesía y también un gesto de curiosidad, al despedirlos, porque su ostentación presentaba a la Justicia con cierto aire faraónico y a la Justicia conviene hacerla una función viva y moderna». Aún estamos, ochenta años después, en este proceso.

En cualquier caso, los discursos de apertura del curso judicial durante la transición fueron pronunciados, de conformidad con la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870, por los ministros de Justicia, ambos de la Unión de Centro Democrático, Landelino Lavilla Alsina e Iñigo Cavero Lataillade; y reflejan cómo se afronta en esos primeros momentos el cambio democrático ante la magistratura. Dichos ministros,

por razón de su compromiso con la transición política de España, eran más acordes con las nuevas perspectivas políticas que se abrían en nuestro país pero, en todo caso, se guardaban mucho de plantear a la magistratura que asumiera un papel más activo en dicho proceso democrático. Eran discursos de un extremado formalismo jurídico, casi abstracto, que permitían su aceptación por una magistratura, especialmente la que estaba presente en esos actos, que había convivido armoniosamente con la dictadura.

Pese a todo, el ministro Lavilla en el discurso de apertura de tribunales de 1977 hace referencia a «la celebración de las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado el pasado 15 de junio» y a «la desaparición del Tribunal y Juzgados de Orden Público». Luego, el discurso era un constante halago a la independencia judicial como exigencia básica del Estado de derecho o afirmaciones tan tímidas como las siguientes: «sobran pretensiones de eternidad en el Derecho: las reliquias venerables no pueden empeñar el porvenir», o que «Hay que hacer compatible el cumplimiento de la Ley con las apremiantes exigencias de una transformación legal».

En el discurso de 1978, el ministro hace una especial referencia, como uno de los fundamentos del Estado de Derecho, a «El derecho a la Jurisdicción» que se traduce en que «la decisión del litigio está residenciada ante un tribunal independiente, imparcial y predeterminado», exigencia que debía sonar como renovadora para aquellos magistrados del Tribunal Supremo presentes en el acto, algunos procedentes del TOP, que no se habían caracterizado precisamente por su independencia y su imparcialidad en la etapa política anterior. Como, igualmente, debía resultar casi revolucionario a dichos magistrados que el ministro proclamase «el derecho a la defensa, a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación, a un proceso público con todas las garantías y sin limitación de pruebas...», cuando era también evidente que dichas exigencias no se cumplían plenamente durante la dictadura. Más renovadoras aún debieron sonar sus palabras cuando hizo referencia a que «el Proyecto de Constitución Española introduce en nuestro Ordenamiento el derecho o procedimiento de Habeas Corpus como amparo judicial directo para producir la inmediata

puesta a disposición del juez de toda persona detenida ilegalmente...», medida obviamente ausente durante la dictadura, cuando las detenciones ilegales por razones políticas eran la norma, con la complicidad del silencio judicial. Más adelante, el ministro se ve en la obligación de citar, con motivo de la remuneración que asegura la independencia económica de los jueces, «al que fue presidente de este Alto Tribunal, Castán Tobeñas». Era una evidente concesión a los orígenes franquistas de los magistrados presentes, pues Castán, catedrático de Universidad y dicen que eminente jurista, había sido presidente del Tribunal Supremo entre 1945 y 1967, acreditando siempre su plena fidelidad al dictador y a los principios, métodos y fines del régimen franquista.[30] Finalmente el ministro afirmó que «el Gobierno es plenamente consciente de que, en la construcción de un Estado democrático, nada puede conseguirse ni consolidarse sin un sistema judicial que sea eficaz y última garantía de la convivencia». Sin perjuicio de sus palabras esperanzadoras, finalmente reconoce «las dudas y perplejidades que suelen rodear la decisión de asumir un impulso renovador; bien conozco las reservas y recelos que pueden ser del temor al cambio o de la desconfianza ante el sentido último de una transformación, ante las incomodidades mismas del proceso renovador o ante las dificultades de ajuste de una nueva organización».

En el primer discurso de 1980, el ministro Cavero hace ya una expresa referencia a que «la Constitución Española de 1978 es la Norma superior que fundamenta la institucionalización de un Estado de derecho [...] reconociendo un amplio repertorio de derechos y libertades». Afirmando que estaban ante «un proceso constituyente en su sentido más profundo el conjunto de actos políticos que entraña: la constitución de un modelo superado de organización del poder y de la propia sociedad». Más adelante afirmaba, haciendo suyas las palabras de Bidegain que «no es posible la democracia sin demócratas», como si reclamara de los magistrados presentes su activo compromiso para asumir convicciones democráticas. Interesa recordar de aquel discurso las palabras que se pronuncian reproduciendo las de Iglesias Corral: «Hay que respetar los principios

conseguidos con el sacrificio de generaciones, pero hay que trazar nuevas avenidas y hacer que por todas partes penetren la luz y el aire. Podando, purgando, derribando, despejando lo preciso para lograr esto: un orden jurídico», orden jurídico, el franquista, que no podía calificarse como tal.

Los discursos de 1981 y 1982 los pronunció el ya presidente del Tribunal Supremo Federico Sainz de Robles Rodríguez. Era preocupante que la primera reflexión de este presidente, presuntamente independiente y que ya formaba parte de la estructura democrática del nuevo Estado, comenzara así: «Majestad: La institución judicial celebra una vez más su fiesta. Con estas palabras, hace exactamente treinta años, comenzaba Don José Castán Tobeñas su discurso inaugural». Nuevamente una concesión al franquismo aún presente. Hasta el punto de que en dicho acto, el presidente Sainz de Robles reprodujo palabras de Castán como las siguientes: «No es conveniente apoyar la independencia judicial en una doctrina política e insegura [la de la división de poderes del Estado]». Afirmación radicalmente incompatible con el Estado democrático de derecho que estaba estrenando España precisamente bajo el principio, entre otros, de la división de poderes. Más adelante, defendiendo la independencia judicial y con el título «La salvaguardia del Derecho a cargo de los jueces», sostiene que «este desafío, lanzado en 1951, para señalar con un dedo acusador a los poderes efectivos del Estado dónde se encontraba el límite que no podían traspasar, mientras no quisieran traspasar, a la vez, el derecho, se ha ido llenando de contenido a lo largo de treinta años...», lo que representaba un elogio de la posición de los jueces durante la dictadura. En el segundo discurso, el correspondiente a 1982, sorprende que el presidente del Tribunal Supremo no haga referencia alguna al intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 que puso en tan grave peligro el Estado democrático. Prácticamente todas las palabras que suscribió en el texto «La hora crítica de la Justicia» fueron un constante estímulo al corporativismo judicial y a la reclamación de mejores remuneraciones económicas, con un último llamamiento lacrimógeno e insoportable a la supuesta heroicidad de la función judicial: «Las lágrimas del juez son quizá las lágrimas más ricas,

porque son de labios mordidos, a veces son de soledad y a veces son de ira, cuando contempla el Derecho necesita algo más de lo que tiene para responder a la lucha contra el mal». ¿A qué mal debía referirse?

Para entender mejor la respuesta del conjunto del poder judicial a la transición, es indispensable aproximarse a las posiciones del ministerio fiscal con motivo del acontecimiento anual que comentamos. El ministerio fiscal es una institución central de la justicia en cuanto que es titular, desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, de la acción penal pública para la persecución de los delitos públicos ante los tribunales. Pero siempre ha sido una institución bajo sospecha por su antigua y concreta vinculación y dependencia del poder ejecutivo y, por tanto, como un instrumento directo del gobierno y sus intereses, lícitos o espurios, ante los tribunales. El ministerio fiscal adquiere su formalización moderna en el Estatuto de 1926, bajo la dictadura de Primo de Rivera, en la que se constituye como un cuerpo funcionarial autónomo y separado de la magistratura y, desde luego, al servicio del ejecutivo. Era definido «como órgano de representación del Gobierno ante los tribunales». El periodo histórico que arranca en 1926, se mantuvo, con leves correcciones accesorias, durante el franquismo y se mantiene hasta la Constitución de 1978. La Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967, se limitó a definir al ministerio fiscal como «Órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia», expresión con la suficiente ambigüedad para asegurar la sumisión jerárquica al ejecutivo. [31] La Constitución de 1978 trata de imprimir a la institución y, particularmente al fiscal general del Estado, un estatuto con una mayor apariencia de autonomía pero que en la práctica no se traduce en una verdadera y plena independencia. Problema que no se resuelve con las recientes reformas legales, como la de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, puesto que el mandato del fiscal general del Estado está sujeto al «cese del Gobierno que lo hubiera nombrado», lo que acredita un perfil que solo de forma aparente es plenamente autónomo.

Liberarse de esa impronta autoritaria era una ardua tarea como resulta de toda evidencia de las memorias del fiscal general del Estado entre 1977 a 1982. Memorias de las que podría afirmarse que la transición de la

dictadura a la democracia no quedó reflejada en su verdadera trascendencia por quienes dirigían el ministerio fiscal, salvo la preocupación que generaba de forma continuada la crisis de los valores morales tradicionales de la sociedad española y los excesos en el derecho a la libertad de expresión y de información.

En la Memoria de 1977, de Eleuterio González Zapatero, tres meses después de las primeras elecciones democráticas, se alaba la Ley de Reforma Política, 1/1977, y se reconoce, como novedad esencial, que los «partidos políticos han sido restablecidos», pero al mismo tiempo se muestra una evidente desconfianza en el nuevo sistema, al afirmar que se les ha reconocido, a los partidos, «un grado de oficialidad verdaderamente insólito y habiendo aparecido a la luz un crecido número que constituye un fenómeno sin precedentes, desconcertante y peligroso, sin otra posible corrección que la que resulte [...] de la decisión de los comicios». Valoración que va acompañada de un alarmismo, que es una constante de la fiscalía general en los años siguientes. Presentando un panorama más que inquietante en el que se asocia, sin mayores matizaciones, democracia a inseguridad y desorden en todos los ámbitos. Evitando siempre cualquier referencia a la permanente violencia institucional del régimen anterior. El ejemplo lo tenemos en esta memoria: «Atentados terroristas, atracos, aumento de la delincuencia violenta, huelgas ilegales, con frecuente apoyo de grupos o piquetes de coacción, abuso del derecho de manifestación, con acompañamiento de tumultos y desórdenes públicos». En todo caso, hace constar, por si hubiera alguna duda oficial, que en la Administración de Justicia «no se comprueba ningún síntoma serio de relajación o indisciplina».

En esta memoria, referida a 1976, era difícil no hacer ninguna alusión a la masacre del 3 de marzo en Vitoria. Y, en efecto, contiene una amplia descripción de lo ocurrido durante ese día; pero, faltando gravemente a la verdad histórica, omite quiénes fueron los responsables de la matanza de cinco personas y de numerosos heridos. Según atribuye al fiscal de Álava, los hechos finales se desarrollaron así: «Ya por la tarde del indicado día 3,

cuando un gran número de obreros se hallaban reunidos en asamblea en la Iglesia de San Francisco, en el populoso barrio de Zaramaga, la Autoridad gubernativa cursó la orden de desalojar dicha iglesia, no obstante disponer de un reducido número de efectivos policiales antidisturbios, quienes, ante la negativa de los asambleístas a abandonar el templo y dispersarse, hicieron uso de bombas de humo y balas de goma, rompiendo los cristales de la iglesia, provocando la salida masiva de asambleístas y consiguiente enfrentamiento, al que se unieron otros grupos concentrados fuera del recinto religioso; como consecuencia de dicho enfrentamiento, resultaron muertas cinco personas, siendo el número de heridos muy numeroso». Resulta verdaderamente revelador de la subordinación política del fiscal al poder político y militar franquista de ese momento (el ministro de la Gobernación era Fraga Iribarne) que, ante dicho acontecimiento, oculte que fueron las fuerzas de orden público emplazadas ante la puerta principal de la iglesia, quienes mediante un empleo masivo de armas de fuego causaron la matanza descrita. Finalmente, declarada impune, como tantos hechos similares, por la jurisdicción militar, por ausencia de autor conocido, cuando estaban perfectamente identificados el entonces gobernador civil de la provincia, el jefe superior de policía y, sobre todo, el jefe del operativo que dirigió las fuerzas a sus órdenes y dispuso la forma extremadamente violenta de disolver a los concentrados en la puerta de la iglesia.

En la Memoria de 1978, en la que no hay alusión alguna a las primeras elecciones democráticas de 1977, no figura comentario o alusión alguna a la sustitución de un régimen autoritario por otro democrático y las consecuencias que ello generó en el régimen de derechos y libertades de los españoles. Como mucho, la memoria hace referencia «al cambio institucional producido en España», al «proyecto de Constitución» al que se refiere como «texto capital del Reino que define el porvenir del pueblo español». Para continuar afirmando que «el fiscal, complejo, ejerce con carácter universal una función de representación y de impulso o presencia del Poder ejecutivo —de los gobiernos— cerca de los Tribunales de Justicia, a través de los tamices insoslayables de la independencia y la

legalidad». Manteniendo simultáneamente un reproche tácito al sistema democrático como causa de un incremento de la delincuencia en nuestro país, de una «atmósfera materialista», del «olvido de los valores espirituales» y un «profundo debilitamiento de lazos afectivos, dejación de autoridad, incomprensión generacional e hipervaloración de la libertad».

En la Memoria de 1979, año que se define como «de la Constitución», se complementa con las siguientes palabras: «Consagra un régimen político de derecho social y libre, democrático y pluralista, monárquico y parlamentario y una concepción autonómica de las regiones dentro de la unidad de la Patria española, común e indivisible». Y añade: «La Constitución incorpora derechos que nacidos del derecho natural y recogidos en la doctrina cristiana han sido después convencionalmente aceptados. [...] La libertad hace al hombre más vulnerable a los atractivos del mal». Continuando en estos términos: «Solo a través de la Administración de Justicia se alcanza la paz social; es la realización humana del valor absoluto de la Verdad; es la única Institución que en el mundo de las libertades transforma en democracia lo que sin ella sería sangrante anarquía». Como consecuencia de tal planteamiento claramente reaccionario y erróneo, afirma: «El ejercicio de las libertades humanas y ciudadanas le coloca [al hombre], naturalmente en condiciones más idóneas para la comisión de delitos». Por eso, concluye esta parte de la memoria con un llamamiento de urgencia al gobierno para que adopte «medidas políticas, policiales y legislativas para convocar a la sociedad española a una solidaridad contra el crimen». Como si, en nuestra sociedad, la conquista de los valores democráticos constituyera un factor decisivo para el deterioro de nuestra convivencia. Más que preocupante enfoque del periodo histórico que estábamos viviendo.

A todo ello se añade una preocupación obsesiva por lo que llama «el problema de la pornografía», para concluir que «la imagen en materia de publicaciones obscenas es realmente desoladora alcanzando su explotación comercial en nuestra Patria grados insospechados de falta de escrúpulos y la obscenidad está invadiendo las calles y los hogares». Para no reiterar en

exceso las referencias a esta problemática que ocupa muchas de las páginas de la Memoria de 1979 basta con citar la siguiente referencia: «A la moral colectiva y comunitaria sigue repugnando la salacidad burda, soez y obscena que se empeña en no destacar más que la animalidad del ser humano, al que reduce a la sola función sexual y una sola aspiración, el placer genésico, con mengua de toda espiritualidad». El problema se plantea con tal relevancia que llega a afirmarse: «Hay que proclamar que frente al desenfrenado huracán de lo obsceno, la sociedad española ni tenía preparadas ni ha sabido ensayar con fruto las reservas morales de las que venía haciendo ostentación como tesoro de su espiritualidad». Es decir, el fiscal echa evidentemente de menos las supuestas «reservas morales» que la Iglesia católica y el franquismo preservaron para hacer frente a la actual situación de la moral social colectiva. El problema era considerado de tal magnitud que el fiscal general llega a afirmar algo tan sorprendente como inútil: «El fiscal ha dedicado muchas horas al estudio del problema de la pornografía y su incriminación en nuestro Derecho Positivo». Con la finalidad de «facilitar la rápida acción de jueces y fiscales y la exigencia de normalizar gubernativamente el régimen de espectáculos, clarificando lo concerniente a su calificación moral y previniendo y sancionando eficazmente las infracciones...». La absoluta desorientación del fiscal ante el proceso de cambio que estaba experimentando la sociedad española es una muestra más del distanciamiento entre la administración de justicia y la sociedad en la que actúa, realidad que hoy no llega a los límites definidos en aquel periodo histórico pero que tampoco ha sido superada definitivamente.

En la Memoria de 1980, el fiscal general Juan Manuel Fanjul Sedeño expresa «nuestra preocupada contemplación que se define por la coexistencia de las libertades que el hombre exige y merece, la seguridad y el orden que la sociedad necesita para desenvolverse con provecho». Como marco de reflexión general de ese periodo histórico hace las siguientes consideraciones: «Hace varias décadas que el mundo —los hombres y los estados— se debate en una profunda angustia que si aflora públicamente en

lo socio-político, hunde sus raíces en la metafísica de la confusión y la duda». Parece que el fiscal general encuentra la solución a este debate en un texto de san Pablo que dice: «Donde está el Espíritu del Señor está la libertad». Después, como no podía faltar, cita a Castán Tobeñas, el eminente jurista franquista ya referido, al que califica de «inolvidable maestro» y del que reproduce parte de su discurso de apertura de tribunales de 1961 que, por su propia naturaleza y situación histórica, solo podía ser radicalmente incompatible con el momento histórico que en 1980 vivía España. Y, coherentemente, con tal planteamiento advierte del dilema al que se enfrenta la sociedad española, que «la libertad no degenere en desenfreno ni la seguridad en tiranía», reclamando para ello reformas que «reconduzcan a una más fuerte, serena e imparcial Administración de Justicia» y reitera, como en los textos anteriores, las constantes preocupaciones moralizantes y conservadoras que presiden la política del ministerio fiscal en dicha época: «La relajación de los principios morales», «la desbordada tolerancia del sexo y aun del homo-sexo», convertir «la libertad en subversión». Continuando con su preocupada obsesión por la «literatura pornográfica». A consecuencia de las actuaciones del fiscal y de la persecución del «tráfico de publicaciones obscenas» afirma que «aquellas trascienden y lesionan la moral sexual colectiva y son Madrid y Barcelona donde mayoritariamente radican las empresas que editan o distribuyen los periódicos, revistas y libros pornográficos y es que la peligrosa línea de erosión de costumbres y valores, que nuestra sociedad empezó a experimentar hace años, como ya denunciaba la Memoria de esta Fiscalía de 1972, sigue, por desgracia en aumento». Análisis que, una vez más, demuestra la perfecta sintonía y continuidad con los criterios del ministerio fiscal propios de la dictadura y que a tenor de dichas palabras mantienen plenamente su vigencia como resulta de la cita de la actividad de la fiscalía en 1972, es decir, en plena dictadura.

En la Memoria de 1981, el fiscal José María Gil-Albert y Velarde marca un giro significativo al afirmar que «el Ministerio Fiscal ha dejado de ser una institución caracterizada por una sustancial dependencia del Ejecutivo»

y que su función «no puede quedar reducida a una mera técnica burocrática». Y reconoce que la Constitución define «las directrices aptas para delinear una estructura orgánica de la Magistratura y la Fiscalía en cuanto a componente esencial y primario del Estado democrático». Desde una renovada perspectiva, el fiscal general hace referencia a «una sociedad de iguales» consistente en una «igualdad sustancial en el plano de los valores sociales». La Memoria de dicho año expresa también una reducción de la preocupación por los delitos llamados de escándalo público que afectaban a las denominadas «moral y las buenas costumbres» y admite la justeza de la crítica en el ejercicio de la libertad de expresión porque «la crítica, por dura que sea, debe de ser soportada como una carga más de la que lleva consigo la función pública».

En la Memoria de 1982, también del fiscal Gil-Albert, tampoco hay referencia alguna al intento de golpe de Estado de febrero de 1981. Pero vuelve a plantear los riesgos que entraña la pornografía y los límites que ello exige a la libertad de expresión, en cuanto, dice, «atenta a los sentimientos de moralidad, decencia y morigeración propia de una sociedad civilizada y culta». Prueba de cuanto decimos es que en el capítulo III de la memoria, bajo el título «Medidas de Política Criminal», el primer tema abordado y con una gran extensión es el «Tratamiento penal de la libertad de expresión». En dicho capítulo, se refiere también a lo que se denominan «extranjeros indeseables» y mantiene que la Constitución no derogó el Decreto de 14 de febrero de 1974 que autorizaba la detención policial de los mismos más allá del plazo constitucional de 72 horas. Y como consecuencia de aquella preocupación, de menor intensidad que en las memorias anteriores, entra en una confusa explicación de lo que califica de «pornografía total o completa» con capacidad para «excitar la sexualidad siempre que tenga carácter obsceno con capacidad para depravar y corromper a personas abiertas a su influencia». En esta línea hace una reflexión sobre la justificación del secuestro previo de dichas publicaciones como forma de evitar la difusión de las mismas, como medida de «profilaxis criminal».

Y, por supuesto, ninguna de dichas autoridades judiciales, como una expresión más de las debilidades de la transición, mencionó nunca al último presidente del Tribunal Supremo de la República durante el periodo de la guerra civil (1936-1939), don Mariano Gómez González, jurista insigne y fiel a la legalidad republicana, que falleció en el exilio, en Buenos Aires, en 1951.[32]

Cuanto se ha expuesto, palidece cuando se advierte que en la Memoria de 1980 el fiscal general del Estado advierte de un problema de extraordinaria gravedad y alcance que se conoce, dentro de lo que se denominan crímenes del franquismo, como secuestro y tráfico de niños, sin que conste que adoptara las iniciativas a que estaba obligado para investigar su verdadero alcance, extensión territorial y consecuencias penales. Dicha memoria informa de que en Valencia se siguen «Procedimientos incoados en distintos Juzgados por venta de niños». A partir de esta constatación, la siguiente noticia jurisdiccional de la persecución de dichos delitos es la que resulta, casi cuarenta años después, del auto de 18 de noviembre de 2008 del juez Garzón en el Sumario 53/2008 a que luego nos referiremos. La Memoria de 1980 dice lo que sigue: «A través de algunas causas tramitadas en estos últimos años se ha puesto en evidencia la realidad de la existencia de ciertas organizaciones dedicadas a la venta de niños recién nacidos. Por lo general, se trata de que algunas instituciones de beneficencia y casas de maternidad, públicas o privadas, están en contacto con determinadas personas para que estas busquen matrimonios dispuestos a hacerse cargo de niños cuyas madres no desean quedarse con ellos después del parto. Ocurrido el nacimiento, la madre —cuya identidad queda oculta— recibe una cantidad de dinero, por lo general bastante modesta, suponiéndose que también obtendrán algún beneficio la institución y los intermediarios. El matrimonio en cuestión, salvo algún caso de inscripción falsa de nacimiento, procede, normalmente, a registrar al recién nacido como hijo de padres desconocidos, aunque los jueces encargados del registro suelen acceder a

ponerles los apellidos de los acogedores, los que obtienen del Tribunal Tutelar de Menores la concesión de la guarda del niño hasta que transcurrido el plazo legal instan a la adopción del niño. No cabe duda de lo rechazable, desde el punto de vista moral, de la actividad comercial de los intermediarios y de la ausencia de sensibilidad por parte de las madres, pero es lo cierto que no hay asidero legal para perseguir los hechos como delito, por cuanto, salvo los casos comprobados de suposición de parto y falsedad documental, los demás son atípicos, ya que parece opuesto a la idea de abandono de familia o niños la entrega del recién nacido a personas que se encargan voluntariamente de su guarda y cuidado. En último término, quedarían exentos de responsabilidad los intermediarios, cuya actuación resulta especialmente censurable en su aspecto comercial. Se trata, pues, de un problema frecuente que requeriría un examen más profundo para precisar su alcance jurídico penal y establecer las bases de su posible consideración legal en las próximas reformas penales».[33] Una realidad que tuvo gravísimos precedentes en el secuestro y tráfico de hijos de presas y familias republicanas como expresó muy bien el juez Garzón en el auto de 18 de noviembre de 2008, haciéndose eco de la recomendación ya citada del Consejo de Europa.[34]

Es muy preocupante la escasa memoria que tiene la fiscalía de su propia institución. Porque cuando el 27 de enero de 2011, la Asociación Nacional de Afectados por las Adopciones Irregulares (ANADIR) presentó una denuncia en la Fiscalía General del Estado por una «supuesta red de compraventa de recién nacidos», la fiscalía no tiene presente estos antecedentes, pese a reconocer en el acuerdo de 4 de febrero de dicho año que las conductas denunciadas «se sitúan cronológicamente en un periodo bastante prolongado de tiempo, unos 50 años», es decir, desde principios de los sesenta, conductas que presentaban una completa continuidad con el tráfico de niños practicado oficialmente por la dictadura. La asociación denunciante describe cómo los recién nacidos fueron separados de sus legítimos padres por métodos idénticos a los descritos en 1980. Pero entonces la fiscalía, como tantas veces, optó por no perseguir penalmente

conductas en las que estaban implicados estamentos sociales privilegiados como órdenes religiosas o la profesión médica. Afortunadamente, estas denuncias —quizá demasiado tarde— ya están siendo investigadas por diversas fiscalías y juzgados.

2

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LOS CONSEJOS DE GUERRA. LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

La función central de la jurisdicción militar en la represión resulta con toda evidencia de los bandos de guerra. Primero, el de 28/7/1936 de la Junta de Defensa Nacional, que «hace extensivo a todo el territorio Nacional» el estado de guerra ya declarado en otras provincias. Tanto esta jurisdicción como los posteriores tribunales especiales ejecutan con toda precisión y frialdad una política de exterminio de los republicanos y de demócratas, combinando la eliminación física, mediante las ejecuciones extrajudiciales y las ejecuciones de las penas de muerte, con el encarcelamiento masivo y la discriminación de los vencidos en todos los ámbitos.

La generalización de la represión a través de la jurisdicción militar fue revalidada por el Decreto número 79 de la Junta de Defensa Nacional, de 31/8/1936, con la siguiente justificación: «Se hace necesario en los actuales momentos, para mayor eficiencia del movimiento militar y ciudadano, que la norma en las actuaciones judiciales castrenses sean la rapidez...». Y, para ello, establece en el artículo 1º: «Todas las causas de que conozcan la jurisdicciones de Guerra y Marina se instruirán por los trámites de juicio sumarísimo que se establecen en el título diecinueve, tratado tercero, del Código de Justicia Militar, y título diecisiete de la Ley de enjuiciamiento militar de la Marina de Guerra». No será preciso para ello que «el reo sea sorprendido *in fraganti* ni que la pena a imponerse sea la de muerte o perpetua».

Pero la estructuración de una jurisdicción militar para dichos fines mucho más arbitraria y autoritaria, tanto orgánica como procesalmente, tiene lugar mediante el Decreto del general Franco n.º 55, de 1/11/1936, que deja sin efecto las disposiciones vigentes en el Código de Justicia Militar e implanta el procedimiento «sumarísimo de urgencia», procedimiento en vigor hasta la Ley de 12 de julio de 1940, de Seguridad del Estado, que restableció el sumarísimo ordinario con escasas diferencias entre ellos. El Decreto 55 se dicta, según el preámbulo, ante la previsión de la ocupación

de Madrid, para garantizar «la rapidez y ejemplaridad tan indispensable en la justicia castrense».

En dicho Decreto se establece la composición de los consejos de guerra, que, como hemos señalado, admite la participación de «funcionarios de la carrera judicial o fiscal», se establece que «el cargo de defensor será desempeñado en todo caso por un militar» y la competencia de los consejos de guerra abarcará a «los delitos incluidos en el Bando que al efecto se publique por el General en Jefe del Ejército de Ocupación». Asimismo, se dictan normas procesales como las siguientes, que representan la reforma y supresión de las ya escasísimas garantías contempladas en el Código de Justicia Militar para los procedimientos sumarísimos:

> A) Presentada la denuncia o atestado se ratificarán ante el instructor los comparecientes ampliando los términos en que esté concebida aquella si fuere necesario.
>
> B) Identificados los testigos y atendido el resultado de las actuaciones más la naturaleza del hecho enjuiciado, el juez dictará auto-resumen de las mismas, comprensivo del procedimiento, pasándolas inmediatamente al Tribunal, el cual designará día y hora para la celebración de la vista. En el intervalo de tiempo que media entre la acordada para la vista y la hora señalada se expondrán los autos al fiscal y defensor a fin de que tomen las notas necesarias para sus respectivos informes.
>
> C) Si se estimara conveniente por el Tribunal la comparecencia de los testigos de cargo, se devolverán los autos al juez que los tramite, quien, oído el defensor, aceptará o no los de descargo.
>
> D) Pronunciada sentencia, se pasarán las actuaciones al Auditor del Ejército de Ocupación a los fines de aprobación o disentimiento. En lo que no se oponga a dicho Decreto «se observarán las normas del Juicio Sumarísimo».

Es una descripción sumaria del significado y función de la jurisdicción militar que se complementa con la Circular del Alto Tribunal de Justicia Militar, de 21 de noviembre de 1936, dada en Valladolid, según la cual «se entenderá limitada la posible interposición de recursos a aquellos procedimientos que no tengan carácter de sumarísimos».

Finalmente, por Decreto n.º 191, también del general Franco, de 26 de enero de 1937, dado en Salamanca, «se hace extensiva a todas aquellas plazas liberadas o que se liberen la jurisdicción y procedimientos establecidos en el Decreto n.º cincuenta y cinco».

Así se generaliza e impone una jurisdicción militar que infringe todas y cada una de las reglas orgánicas y procesales entonces vigentes.[35]

El delito de rebelión militar

La represión se fundamentó desde sus inicios en una aplicación generalizada y analógica del delito de rebelión militar, ya prevista en el Bando de 28 de julio y que, concluida la guerra, se aplicó «a conductas carentes por completo de relevancia política». Así quedó patente en la Orden de 25-1-1940 de la Presidencia del Gobierno, constituyendo las Comisiones provinciales de «Examen de penas», dependientes de las «Autoridades Militares» y presididas por un «Jefe del Ejército», Orden que unificaba los criterios de los «Tribunales Militares» sobre propuestas de conmutaciones de pena. ¿Quién puede seguir hablando de jurisdicción o de poder judicial durante esa etapa? En dicha disposición volvía a atribuirse la rebelión a las víctimas de la misma cuando el preámbulo se refiere a las «responsabilidades contraídas con ocasión de la criminal traición que contra la Patria realizó el marxismo al oponerse al Alzamiento del Ejército y la Causa nacional». En la misma se describían hasta ochenta y tres modalidades del delito de rebelión militar, en cuanto fueron cometidos con «ocasión de la rebelión marxista». Así estaban consideradas, por ejemplo, «la pertenencia a la masonería desde el grado 18 en adelante», haber ejercido cargos públicos en la República o la actitud de los militares profesionales que «fueron alma del movimiento marxista»,se destacaron por estar a favor de «la revolución roja» o «favorecieron el triunfo de los rojos».

Posteriormente, la ley de 1940 afirmaba que «se impone la fórmula tradicional en nuestro Ejército de que el ejercicio de la Jurisdicción esté unido al mando militar». Así se generaliza e impone un modelo de jurisdicción para la persecución de todos los «delitos derivados del Movimiento Nacional». Delitos que se concentran en el de rebelión militar,

definido en el artículo 237 del Código de Justicia Militar entonces vigente, aprobado por el Real Decreto de 27 de septiembre de 1890, que decía así: «Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra la Constitución del Estado, contra el Rey, los Cuerpos Colegisladores o el Gobierno legítimo...».[36] Delito que, evidentemente, solo habían cometido los rebeldes. Pues la sublevación militar se hace «mediante la declaración del estado de guerra por parte de las autoridades militares comprometidas en la rebelión, desconociendo de este modo las reglas constitucionales sobre declaración de estados excepcionales que prohibían toda suspensión de garantías no decretada por el gobierno democráticamente elegido».[37] Describiendo de forma claramente ilustrativa el carácter de esa llamada «jurisdicción» quién disponía de la iniciativa procesal: «Los Capitanes Generales y Autoridades Militares con jurisdicción propia, podrán, si la escasez de personal lo aconseja, constituir los Consejos de Guerra que deban fallar los procedimientos en tramitación por delitos cometidos contra el Movimiento Nacional...».

A partir de esa fecha, se produce una ampliación del concepto de rebelión al que son equiparadas otras conductas que expresasen el activo rechazo y la oposición a la dictadura. Así puede constatarse en la Ley de Seguridad del Estado de 29-3-1941 que, en parte, reforma el Código Penal y, además, crea nuevas figuras delictivas. Sus sesenta y ocho preceptos tienen un rasgo común: «todos los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por la jurisdicción militar». Entre ellos, se tipifican y sancionan los delitos de «asociaciones y propagandas ilegales» como los siguientes: «Los que reconstituyeren o crearen asociaciones, organizaciones, partidos políticos o entidades del llamado "Frente Popular" y cualquiera otra de tendencias análogas...», que se castigan hasta con diez años de prisión, y las conductas consistentes en «suspensión de servicios públicos, paros, huelgas...» que «suspendieren el trabajo o alteraren la regularidad del servicio», sancionadas con pena de hasta tres años de prisión. El delito de rebelión militar del Código de Justicia Militar de 1890 fue redefinido por la Ley de 2/3/1943 que, además, penaliza en el artículo 238 nuevas formas de

participación en los hechos. La reforma anterior se complementa con otra ley de la misma fecha «por la que se equiparan al delito de rebelión militar las transgresiones de orden jurídico que tengan una manifiesta repercusión en la vida pública», para que «en lo sucesivo nadie ose desviarse de una rígida disciplina social». Aquí se incluyen conductas como «propalar noticias falsas o tendenciosas con el fin de causar trastornos de orden público interior... o el desprestigio del Estado, Ejércitos o Autoridades» o tomar parte en «reuniones, conferencias o manifestaciones con los mismos fines».

Ya en 1945, se aprobó el Código de Justicia Militar de 17 de julio que define el delito de rebelión en el artículo 286: «son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra el Jefe del Estado, su Gobierno o Instituciones Fundamentales de la Nación...» concurriendo ciertas circunstancias. Entre estas se incluyen «los [delitos] que así se declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares». Código que autorizaba el nombramiento de jueces especiales (artículo 143) y que sirvió de fundamento para el nombramiento del coronel Eymar en 1958 para la persecución de «actuaciones extremistas».[38]

Los procesos militares bajo el franquismo

Los consejos de guerra constituidos desde el 18 de julio de 1936, ya fueran por el procedimiento «sumarísimo de urgencia» o «sumarísimo», en modo alguno podían calificarse como tribunales de justicia. Eran, pura y simplemente, una parte sustancial del aparato represor implantado por los facciosos y posteriormente por la dictadura. Consejos constituidos con la activa participación de jueces y fiscales ordinarios que, como los militares, también traicionaron la Constitución republicana». Así, muchos jueces y fiscales, al servicio y bajo las directrices de los jefes y oficiales sublevados cooperaron activamente a la represión franquista.

Y, en consecuencia, tanto los procesos ante dichos consejos de guerra como sus sentencias eran radicalmente nulos por varias causas.

En primer lugar, en cuanto fueron siempre constituidos, ya desde el Decreto 55 del general Franco, por la máxima instancia de los sublevados contra la República.

En segundo lugar, los militares miembros de dichos tribunales carecían radicalmente de cualquier atributo de independencia, propio de un juez, en cuanto eran estrictos y fieles servidores de los jefes de que dependían y compartían plenamente los fines políticos y objetivos represivos de los sublevados. Basta la lectura de cualquier sentencia de las dictadas por esos tribunales en las que destaca su absoluta falta de objetividad e imparcialidad tanto en la exposición de los hechos como en los fundamentos jurídicos —si es que así pudieran calificarse— en los que asumen expresamente como legítimos los motivos y fines del golpe militar.

En tercer lugar, era incompatible su posible independencia con la disciplina castrense impuesta por todos los jefes. Son numerosos los procedimientos en los que el comandante militar de la plaza ordena al juez militar que eleve a «Procedimiento sumarísimo» el procedimiento ordinario que estuviera tramitando. Asimismo, las sentencias que dictaban carecían de todo valor en cuanto debían ser supervisadas y aprobadas por el Auditor de guerra o, en determinados supuestos, por el Capitán General, como condición para que adquirieran firmeza y prueba indiscutible de la estructura jerarquizada del tribunal.[39] La sumisión a las más altas instancias del poder militar y del poder ejecutivo que los sublevados iban configurando quedaba de manifiesto cuando la ejecución de la pena de muerte exigía del «enterado» del jefe del Estado, como expresión de conformidad con la ejecución de la pena capital.

Pero, sobre todo, concurría una total vulneración de todas las garantías y derechos fundamentales. Los consejos de guerra actúan a partir de las detenciones practicadas por los diversos cuerpos policiales franquistas y agentes de Falange.

Evidentemente, desde el inicio del golpe militar, quedaron suspendidas *de facto* todas las garantías procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, particularmente el plazo de detención policial, que ya era de setenta y dos horas. En su lugar, se impuso un régimen arbitrario e indefinido de detenciones policiales que era una parte sustancial de la política de terror y que favorecía y amparaba la práctica generalizada de la tortura, práctica esencial en la ejecución de la política represiva, siempre impune hasta el final de la dictadura.[40] Debe recordarse que el delito de tortura se introdujo en el Código Penal por la Ley 3/1978, de 17 de julio. En este punto, ya concluida la contienda militar, es ineludible la cita de la Orden de 9 de enero de 1940 que regula en los siguientes términos «el régimen de detenciones y prisiones», disposición de mínimo rango legal pese a afectar a un valor esencial cual era la libertad personal. El presupuesto de la norma es hacer frente a «la magnitud de la criminal revolución roja» y dictar normas que evitando «la impunidad del culpable», «no produzcan daños ni ocasionen molestias superiores a las indispensables para restablecer el equilibrio jurídico». En consecuencia, esta norma confirma la continuidad del estado de guerra y expresa desde esa fecha hasta 1975 el mantenimiento de un Estado policial que violó de forma sistemática todos los derechos humanos. Una expresión concreta de la violencia policial se encuentra, entre otras muchísimas, en el atestado policial incoado por la comisaría de Granollers el día 7/11/1939 en la que se hace constar toscamente que el detenido «estrechado a preguntas acaba por confesar».[41]

Cuando ya ha transcurrido más de un año del fin de la contienda militar, se mantienen disposiciones de excepción en materia de detenciones. Afectan tanto a los detenidos en los «procedimientos sumarísimos de urgencia, tramitados con arreglo al Decreto de 1º de noviembre de 1936» como a los «detenidos gubernativos». En ambos casos, se establece un plazo ordinario de treinta días de detención militar o policial. En el caso de los «gubernativos» (artículo 4º) se autoriza una extensión de dicho plazo hasta tres meses «por ratificaciones sucesivas» que deben ser «aprobadas

por la Dirección General de Seguridad». Constituye una previsión legal inaudita por sí misma y por las consecuencias que generaba entonces, dado que basta imaginarse lo que podía representar estar detenido en esas condiciones, sin comunicación con el exterior y, desde luego, sin asistencia letrada. Como hemos dicho, era el soporte legal de la tortura. Año y medio después, el régimen vigente es esencialmente el mismo. El Decreto de 2/9/1941 mantiene para los «detenidos gubernativos» el plazo ordinario de treinta días de detención, que puede ampliarse hasta tres meses. Y ante la «detención de una persona sujeta a la jurisdicción castrense», la autoridad judicial militar disponía de un plazo de ocho días para resolver sobre su libertad.

La instrucción del procedimiento era inquisitiva y bajo el régimen de secreto, sin ninguna intervención del defensor. El juez militar instructor practicaba diligencias con el auxilio de las fuerzas de seguridad, comisarías de investigación y vigilancia y otros cuerpos policiales y militares, como, entre otros, la Brigada Político Social o el Servicio de Información y Policía Militar (S.I.P.M.), así como los servicios de información e investigación de FET y de las JONS y los Ayuntamientos, que siempre colaboraron activamente con la represión. Merece una especial atención la colaboración de particulares, como parte del aparato represor, a través de las delaciones y denuncias que formulaban ante las autoridades represoras. «Ningú no es va escapar d'aquest món de la vigilància amagada i de les acusacions anònimes.»[42] Los abusos que se produjeron a través de dichas denuncias debieron ser de tal alcance que merecieron un cierto tratamiento legal. En efecto, en el Decreto citado de 1941 se regulaba «la presentación de denuncias», exigiendo al denunciante la presentación de «dos testigos de conocimiento», dado que algunas se basaban «en estímulos personales de tipo vindicativo, en vez de inspirarse en móviles de justicia y de exaltación patriótica».

El juez instructor militar se limitaba en la relación con los investigados, siempre en situación de prisión preventiva, a la audiencia de los mismos, naturalmente sin asistencia de letrado ni acceso a las actuaciones. Con una

particularidad que expresa de forma evidente la presencia activa de la Falange en muchos de los procesos militares: el examen de estos en la provincia de Barcelona, entre los años 1939 y 1940, revela que dichos jueces nombraban como secretarios de numerosos procedimientos a miembros o «militantes» de Falange que, de esta forma, adquirían una completa información sobre el curso del proceso y sobre todas y cada una de las actuaciones que se practicaban, constituyendo a Falange en el aparato político mejor informado y con mayor capacidad de represión de aquel periodo. Cargo que no podían desempeñar por carecer de la condición de militares,[43] lo que añadía un elemento más de nulidad de dichos procesos. Además de que en los procedimientos siempre constaba el informe de Falange contra los encausados atribuyéndoles la comisión de toda clase de delitos, con un denominador común, todos eran «peligrosísimos para la Nueva España».[44]

Tras la instrucción, el instructor acuerda una diligencia de procesamiento en la que relata los hechos y su calificación penal y, finalmente, dicta un auto-resumen que contiene el escueto relato de los hechos, las pruebas y las imputaciones y que eleva a la autoridad militar superior que suele ser el general jefe de la división correspondiente. En dicho auto, en los procedimientos militares incoados por la Auditoría de Guerra de Cataluña a partir de 1939, se constata de forma reiterada que los hechos que motivan las actuaciones están «comprendidos en las disposiciones declaratorias del Bando de Estado de Guerra».[45] En otros procesos, se hace expresa referencia al «Decreto número 55». Resumen que prácticamente es el documento que va a fundamentar la acusación y la sentencia, ya que las diligencias practicadas por el instructor no se reproducían en el plenario, con una manifiesta infracción del principio de inmediación en la práctica de la prueba y la correspondiente indefensión de los acusados. Previamente al juicio oral, en el sumarísimo de urgencia estaba previsto dar vista de las actuaciones al defensor inmediatamente antes de la celebración del consejo de guerra. Reviste particular relevancia dicha diligencia en un determinado procedimiento, entre otros muchos, en

el que tiene lugar en Barcelona en la misma fecha de la celebración del juicio oral y de la sentencia, el 23 de junio de 1939. Era la constatación de la nulidad radical del proceso y la sentencia. Proceso especialmente complejo en el que llegó a haber 18 imputados, 13 fueron condenados y, de estos, cuatro a pena de muerte, que fue ejecutada en la madrugada del 17 de octubre. La diligencia se limitaba a decir lo siguiente: «Diligencia de notificación: seguidamente yo, el Secretario, teniendo ante mí a los señores Fiscal y Defensor, les notifiqué el acuerdo anterior dándoles vista de las actuaciones. Enterados, firman y doy fe».[46]

Las sentencias de los consejos de guerra, sobre todo durante los primeros años inmediatos a la insurrección militar, trataban de justificar la supuesta legitimidad de su autoridad, en el marco de las instituciones creadas por los insurrectos. Así en la sentencia del consejo de guerra en la plaza de Vigo, de 17 de octubre de 1936, decían: «que contra este gobierno legitimo [el que representaba la Junta de Defensa Nacional] se alzaron en armas los elementos que integran el Frente Popular, constituyendo partidas militarmente organizadas en distintas partes del territorio Nacional las cuales hostilizaron a las tropas, antes y después de la declaración del Estado de Guerra». En similares términos se pronunciaba el consejo de guerra celebrado en Barcelona el veintitrés de agosto de 1939:[47] «que contra los legítimos poderes del Estado, asumidos por el ejército a partir del 17 de julio de 1936, en cumplimiento de su función constitutiva, se produjo un alzamiento en armas seguido de una tenaz resistencia a cuyo amparo se cometieron toda clase de violencias...». En términos semejantes se pronunció el consejo de guerra que condenó a muerte al *president* Companys.[48]

La «jurisdicción de guerra», en fin, estaba completamente sometida a las facultades omnímodas de los «capitanes generales» y otros jefes militares como resultaba del artículo 27 del Código de Justicia Militar de 1890 y de los artículos 51 y 52 del Código de 1945, en los que se atribuían a dichos jefes hasta diecinueve competencias procesales. La máxima expresión de las facultades del capitán general era, en los casos de

conformidad de los acusados con los términos de la acusación, la sustitución del consejo de guerra por una diligencia en la que el Capitán General, sin ningún razonamiento, dictaba una especie de fallo en el que imponía la pena correspondiente al acusado y, en su caso, la posibilidad de su conmutación por otra inferior. Así resulta en uno de los procedimientos en el que figura la siguiente diligencia: «Barcelona 21 de agosto de 1942. De conformidad con el precedente dictamen [del Auditor] impongo ejecutoriamente al encartado en el presente proceso [...] la pena de doce años y un día de reclusión temporal como autor de un delito de auxilio a la rebelión militar, conmutándola por la de seis años de prisión menor».[49]

En el proceso de consolidación de la jurisdicción militar se aprobó, como hemos dicho, en 1945, el nuevo Código de Justicia Militar. En la exposición de motivos del mismo, además de justificar el mantenimiento del procedimiento sumarísimo, resulta indispensable citar cómo razona la supresión de los «sumarísimos de urgencia» que, en su día, estuvieron justificados «para lograr rapidez y ejemplar castigo de los monstruosos e incontables crímenes cometidos en la sofocada rebeldía...», ya que los sumarísimos se estiman suficientes para hacer frente «para el caso, no esperado, de que se produjeran convulsiones de insospechado volumen...». En dicho código, se regula con todo detalle la pena de muerte, el «enterado del Gobierno» para su ejecución, se dispone «que se ejecutará de día y con publicidad» y se establece que «se ejecutará pasando al reo por las armas» (artículos 867-872).

En la regulación del procedimiento sumarísimo, en principio solo previsto «para los reos de flagrante delito castigado con pena de muerte o treinta años» (artículos 918-937), se mantiene la antigua estructura del Código de 1890, con escasísimas variaciones: el procesado permanecerá «siempre preso», el traslado al fiscal y al «defensor militar» para formular sus conclusiones será de cuatro horas, plazo que se estima suficiente para estudiar las actuaciones, proponer pruebas y formular el escrito de defensa. Como es habitual en dicha jurisdicción, « la sentencia será firme por la aprobación de dicha Autoridad [la Judicial Militar] de acuerdo con su

Auditor» y, finalmente, se dispone que «...podrán ejecutarse sin dilación, incluso tratándose de la pena de muerte», con la salvedad del «enterado del Gobierno».

El Decreto-Ley de Bandidaje y Terrorismo (18 de abril de 1947) merece una especial consideración, en cuanto fue aplicado por la jurisdicción militar. Disposición que representó un verdadero desafío ante la Resolución 39(I) de 9 de febrero de 1946 de la Asamblea General de la ONU que condenó al régimen de Franco en cuanto impuesto por la fuerza. Cuando una parte de la oposición antifascista opta por la resistencia armada, por la resistencia guerrillera, la dictadura dicta esa disposición que deroga la Ley de Seguridad del Estado creando una norma penal de una dureza inaudita que rompe con los esquemas más clásicos de la represión penal. A los destinatarios de ella los llama «gentes criminales e inadaptadas» y su significación la resume perfectamente el ministro Ibáñez Martín: «teniendo en cuenta la gravedad de la situación actual, todas las circunstancias atenuantes deben desaparecer y las penas más severas serán aplicadas dentro del cuadro de medidas excepcionales, tomadas para castigar estos crímenes contra la nación». Es cierto que ante esta forma de oposición, las fuerzas represivas acudieron de forma habitual a procedimientos extrajudiciales, a la eliminación física directa de los resistentes, pero en todo caso la norma está concebida para esa eliminación por la vía de la aplicación intensiva de la pena de muerte. No solo contempla en diferentes supuestos dicha pena como pena única, privando al consejo de guerra de otras alternativas, sino que la establece como única en supuestos en los que no ha mediado ninguna actividad lesiva, como ocurre para «el Jefe de la partida en todo caso», extendiéndola, en términos verdaderamente analógicos y rechazables, a «los componentes de la partida que hubiesen colaborado de cualquier manera a la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en esta ley». Con esta previsión, todos los miembros de un grupo armado, realizasen o no una acción lesiva, estaban sujetos a la pena de muerte. Para el resto de los delitos, con alguna ligera excepción, la pena era la de reclusión menor o mayor a muerte ante hechos como la colocación

de explosivos, aunque no se produjese la explosión, el asalto de establecimientos o de personas que transporten valores, sin que medie un resultado lesivo, el simple hecho de esgrimir un arma o exigir bajo amenazas «claras o encubiertas» la entrega de valores económicos. Y, finalmente, se crea una forma de cooperación, ausente de las disposiciones penales entonces vigentes, «prestar cualquier auxilio» a las partidas aunque no constituya «complicidad ni encubrimiento». Fue, pues, una norma que además de su extrema dureza, representaba la negación de los principios básicos del derecho penal; era la más pura expresión del terrorismo de Estado. Las condenas impuestas, en los supuestos anteriores, en aplicación de ese Decreto-ley fueron todas, sin excepción, radicalmente injustas. Pero, pese a estas consideraciones, se aplicó, de forma desafiante, bajo la vigencia en la comunidad internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y estuvo vigente hasta el 16 de noviembre de 1971.[50]

La jurisdicción militar permanecerá vigente en la Ley de Orden Público 45/1959, de 30 de julio, en cuya disposición transitoria segunda se dispone que «seguirá entendiendo la jurisdicción militar de los delitos que, afectando al orden público, le estén atribuidos con arreglo a lo establecido en Leyes especiales» y, finalmente, en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, de prevención del terrorismo, en el que se establece que los procedimientos «correspondientes a la jurisdicción militar se sustanciarán por el procedimiento sumarísimo».

Consejos de guerra que, como hemos visto con los secretarios-falangistas, se constituían de forma habitual ilegalmente, es decir, infringiendo su propio marco legal. El sentido del voto particular emitido por el presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en el proceso de revisión de la condena a Julián Grimau, que luego veremos, lo expresa meridianamente. La ilegalidad y ahora ilegitimidad de ese consejo de guerra fue común a prácticamente todos los procedimientos militares del franquismo.

Este era el marco procesal y judicial que abordó la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ante la revisión de las sentencias dictadas por los consejos de guerra.

El recurso de revisión constituye un recurso excepcional, solo ante el Tribunal Supremo por el que se pretende que se declare la nulidad de una sentencia por varias causas previstas en el art. 954 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, regulado en similares términos en el art. 328 del Código de Justicia Militar. La causa más relevante y siempre invocada contra las sentencias de los consejos de guerra franquistas era la n.º 4 de dicho precepto: «Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».

El punto de partida de la respuesta judicial, es doble. En primer lugar, saber cómo se relacionan derecho y memoria histórica. Y, en segundo lugar, acabar con la pretendida y errónea equidistancia entre dictadura y democracia. En ambos casos, la respuesta judicial es desalentadora.

El 9 de febrero de 2011, en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona (CCCB), en el marco de la exposición *Desaparecidos*, el profesor de la Universidad de Columbia (Nueva York) Andreas Huyssen mantenía: «¿Qué sería del movimiento internacional de los derechos humanos sin memoria de los campos de exterminio del siglo XX?». Y reclamaba la necesidad de preservar «la dignidad de las víctimas, sus luchas y su destino». Necesidad que exigía y exige del Tribunal Supremo otra actitud ante el franquismo y sus víctimas, entre las que cobran una especial significación las víctimas inocentes e indefensas de los consejos de guerra. Hace mucho tiempo que el Tribunal Supremo debía haber entendido y extraído las consecuencias del siguiente alegato. Exactamente, la definición del significado de la insurrección militar de 1936 comprendida en los escritos que dirigió al consejo de guerra que lo juzgó el insigne jurista, fiscal general de la República y magistrado del Tribunal Supremo, Francisco Javier Elola Díaz-Varela en el procedimiento sumarísimo 8/1939 de la Auditoría de Guerra de Barcelona. Por su fidelidad a la República fue condenado por rebelión militar a pena de muerte y fusilado en el Camp de

la Bota el 12 de mayo de 1939. Decía así: «Surge la rebelión por el alzamiento colectivo en armas contra un poder legalmente constituido. En dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis, existía un Estado con todas las condiciones jurídicas y reales a las que debía su ser el mundo internacional. Era el de la República española. Se regía por una Ley fundamental: la Constitución de mil novecientos treinta y uno. Su estructura era racionalizada. Hallábase dotada de leyes, reguladoras de su vida interior. Poseía organismos públicos en pleno funcionamiento [...]. No se concibe, pues, una rebelión del Estado organizado, contra una minoría que por las razones sociales y políticas que la asistiesen para combatir el poder legal y formal se había levantado en armas contra aquel. Real y jurídicamente la rebeldía estaba en el campo de los que se levantaron contra el Estado republicano y no se consolidó como tal poder».[51] Fue la mejor expresión de lo que Jiménez de Asúa denominó «rebelión a la inversa», calificativo que resumía así: «No creemos que sea posible un viceversa más curioso, que solo podría psicológicamente explicarse por la proyección de culpabilidad».[52]

Pero, además, el detenido examen de cuarenta y siete resoluciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo —prácticamente el 95% de las dictadas— revela la complicidad objetiva, más allá de formalismos jurídicos, del Tribunal Supremo con el franquismo.[53]

De ellas, veinte son autos de «denegación de autorización para interponer el recurso de revisión», una especie de trámite previo que impide pronunciarse sobre la sentencia dictada.[54] Todos ellos fueron dictados en 2004 ante recursos formulados en 2003. Y, todos, contra sentencias dictadas por consejos de guerra en procedimientos sumarísimos de urgencia o simplemente sumarísimos —las diferencias eran casi inapreciables— con condenas a muerte. El fundamento común de estos recursos se hallaba en la aprobación por el Congreso de Diputados de dos proposiciones no de ley. La primera por la Comisión de Asuntos Exteriores el 14 de septiembre de 1999 y la segunda por la Comisión Constitucional el 20 de noviembre de 2002. La primera de ellas decía que el Congreso de Diputados «condena y

deplora el levantamiento militar contra la legalidad constituida, encarnada en las instituciones políticas que representaron la II República Española». Según resume el propio tribunal, en cada uno de dichos autos, «la parte interesada [...] estima que tales Proposiciones no de Ley son pruebas indubitadas suficientes para acreditar que el hecho histórico del alzamiento militar que el 18 de julio de 1936 inició la guerra civil, lo fue contra la legalidad constituida, encarnada en las instituciones políticas que representaban la II República Española». Y, tras calificar de ilegítimo el alzamiento militar, llega a la conclusión de que quienes sostuvieron a dichas instituciones «no pueden ser considerados rebeldes».

Las resoluciones del tribunal son todas de una argumentación similar, si no idénticas: todas ellas expresan la voluntad de privar de cualquier valor jurídico al contenido de dichos pronunciamientos parlamentarios y, desde luego, de carecer de eficacia para incidir en la revisión de las sentencias impugnadas. Son estos los términos de sus razonamientos:

a) Dichas proposiciones aluden «en términos abstractos y partiendo de consideraciones políticas al enfrentamiento civil entre españoles... y sus consecuencias posbélicas...», eufemismo con que denominan a la dictadura;

b) son tan solo «un juicio de valor político y ético sobre los hechos históricos...» a que se refieren;

c) las proposiciones plantean «un posible *error iuris*», ajeno al ámbito propio del especial remedio que la Revisión supone...», y

d) contienen «una declaración de evidente contenido político y ético que no es suficiente para modificar los [hechos] que les fueron imputados» a los condenados a muerte.

Llegan a declarar que las proposiciones «hasta la fecha no han sido plasmadas en una norma jurídica nacida al mundo del derecho», consideración que, como veremos, no han respetado en absoluto en la resolución del recurso contra la sentencia condenatoria del poeta Miguel Hernández y otra posterior, estando ya vigente la Ley 52/2007 que proclama formalmente la ilegalidad e ilegitimidad de dichas sentencias.

Siempre sobre la base de una concepción formalista y burocrática de las sentencias y el derecho, como afirmar «la santidad de la cosa juzgada», entendiendo por tal la sentencia firme, que no puede ser «quebrantada», y

otorgarle la máxima prioridad a una interpretación literal de las normas sacrificando los principios de justicia.

La misma línea argumental se advierte en las dos sentencias y otros veintidós autos estudiados, que profundizan la posición benévola y comprensiva de esa forma de negación de justicia que fueron los consejos de guerra.[55] Con una particularidad, que en estas resoluciones hubo varios votos particulares discrepantes de la mayoría que abogaban, o por anular la sentencia franquista o admitir a trámite el recurso para entrar en el análisis de la sentencia y valorar su validez. Pero el criterio dominante continúa siendo muy preocupante. Vuelven a insistir en rechazar «una interpretación extensiva y analógica» del recurso de revisión, rechazan un «uso abusivo e indiscriminado» del mismo (una cincuentena de ellos frente a las miles de sentencias que se dictaron) e insisten en que la actual regulación del recurso impide «un nuevo examen de la corrección del derecho aplicado», el más grave de los criterios expuestos, pues representa el pleno respeto y la intangibilidad del ordenamiento jurídico represivo emanado del golpe militar de 1936.

Así lo acredita el Recurso 34/1989, interpuesto por primera y única vez por el fiscal general del Estado, resuelto por sentencia de 30 de enero de 1990 contra la dictada el 18 de abril de 1963 por el consejo de guerra de la Primera Región Militar que condenó a Julián Grimau a la pena de muerte, siendo fusilado horas después. Entre los hechos descritos como probados se incluyen, como determinantes de la condena, los que se le atribuyen durante la guerra civil, periodo en el que, como hemos visto, el dictador había excluido de toda responsabilidad penal a los delitos cometidos por los franquistas.

Dicho tribunal militar se constituyó inválidamente porque el vocal ponente no era licenciado en Derecho ni pertenecía al Cuerpo Jurídico Militar, manifiesta irregularidad que también concurrió en otros muchos consejos de guerra. Asimismo, la viuda de Julián Grimau sostuvo en sus alegaciones que el fallo condenatorio «ha de tenerse por inexistente y, por tanto, el reo sigue siendo inocente mientras no se demuestre lo contrario en

un juicio justo, informado de las garantías legalmente establecidas». El Tribunal Supremo no estimó el recurso. Sentencia, de las primeras dictadas en este ámbito, que ya reconoce explícitamente la validez de los consejos de guerra y de sus sentencias pese a admitir que, realmente, la «potestad» de juzgar radicaba realmente en el «Capitán General Militar de la Región». Decía así:

> Es por ello que la sentencia dictada en el Consejo de Guerra que condenó a D. Aníbal [es la identidad ficticia que en los Archivos judiciales otorgan a Julián Grimau] no es nula, ni siquiera anulable, por lo que —como se dijo al principio de esta parte segunda de la sentencia— no procede acceder a lo solicitado por los recurrentes, máxime en el caso de autos: por un lado, el fallo se dicta en un juicio sumarísimo por un Tribunal Colegiado compuesto de cinco personas, y al no haberse emitido votos particulares supuso que todos los vocales y el presidente se mostraron de acuerdo con dicho fallo, sin que por lo tanto pueda entenderse en modo alguno que la resolución hubiera quedado al simple arbitrio de una sola persona [en concreto: del comandante que actúa como Auditor]; por otro, y conforme al viejo Código de Justicia Militar (artículos 50, 52, 9, 10, 11 y 798), la función de tramitar el proceso correspondía al Consejo de Guerra, pero la potestad radicaba de pleno derecho en el Capitán General Militar de la Región, por cuanto que finalizado el juicio, aquel proponía a este la sentencia, y era dicha Autoridad Militar Judicial quien definitivamente la aprobaba. Y en el caso de autos, la Autoridad Militar Judicial, legitimada a todos los efectos, la aprobó «por considerarla ajustada a la ley», quedando firme.

Y ante la alegación de que el consejo de guerra había sido constituido inválidamente, no tiene inconveniente en admitir que este está dotado de una «investidura plausible» con un razonamiento que causa perplejidad, vergüenza y absoluto rechazo. Dice, para fundamentar su decisión, que «la “potestad”, dimanante de la Jurisdicción e ínsita en la función del juez, no está en él, no pertenece a su persona, sino que le es entregada por el Estado, que a su vez la recibe del pueblo soberano en quien reside [con o sin Constitución]». Consagra así la plena equivalencia de dictadura y democracia, la irrelevancia de la Constitución y apela a un supuesto e inexistente «pueblo soberano» en plena dictadura como origen de la validez de una sentencia dictada por un tribunal ilegal en su origen y constitución y carente de todas las garantías propias de un proceso justo.

Pero, en este caso, el presidente del Tribunal disintió de la solución adoptada y emitió un voto particular a favor de la nulidad de la sentencia que condenó a Grimau. Ello le llevó, entre otras, a las siguientes

consideraciones: «Ahora bien, cuando la nulidad que se predica de una sentencia no deriva de un error o infracción legal cometidos en su pronunciamiento —es decir, en el acto de juzgar— sino de la interposición de un defecto esencial e insubsanable en el curso del proceso, como es la plena y manifiesta falta de potestad jurisdiccional, defecto que vicia irremediablemente cuantas actuaciones se hubieran realizado con posterioridad, lo que en realidad se dice es que la sentencia formalmente dictada es mera apariencia de sentencia». Para concluir así: «Ante un hecho tan estremecedor para la conciencia jurídica, parece evidente que la justicia demanda de nosotros que digamos, al menos, una palabra serena de reparación: la que consiste en reconocer, desde esta suprema instancia judicial, que aquella muerte, anunciada en su día públicamente como cumplimiento de una sentencia, no fue, en verdad, el triste pero legal desenlace de un proceso, sino un acto despojado de todo respaldo jurídico, un hecho máximamente reprobable por su absoluta contradicción con el Derecho». Valoración que era predicable de todas las sentencias dictadas por los consejos de guerra.[56]

El Recurso 44/2000, resuelto por sentencia de 13 de mayo de 2003, rechazó también la anulación de la condena a muerte de un matrimonio impuesta por el consejo de guerra permanente n.º 2 de Valencia el 19 de febrero de 1941, sentencia ejecutada el 5 de abril.

El tribunal admite como ordenamiento jurídico entonces vigente «el Bando declaratorio del Estado de Guerra de 18 de julio de 1936», cuando resulta ya evidente que no hubo declaración del estado de guerra sino un golpe militar contra el gobierno legítimo de la República. Coherentemente con dicho planteamiento, el Tribunal Supremo entiende que los consejos de guerra de 1941 aplicaban el «derecho vigente» como si se tratara de un ordenamiento dotado de legitimidad democrática. Pero, sobre todo, resulta contradictorio con el más elemental principio de justicia argumentar así: «La Constitución, fruto del esfuerzo del poder constituyente, es la Lex Máxima, norma jurídica fundamental de la que pende el resto de nuestro ordenamiento jurídico, mas en modo alguno es un hecho de aquellos que,

debidamente acreditados, puedan alterar los que como probados se recogieron en la infinidad de sentencias que fueron dictadas, con anterioridad a su vigencia, por diversos órganos jurisdiccionales en aplicación del derecho que estaba en vigor cuando se produjeron y con sujeción al procedimiento que en aquel momento el ordenamiento jurídico tenía establecido».[57]

Argumentos que se exponen con toda claridad en el Recurso 5/2006, con apoyo en el auto 187/2004 del Tribunal Constitucional, en los siguientes términos.

La recurrente, ante la condena a muerte de su padre, había planteado lo siguiente:

> a) Que el proceso que culminó con la sentencia del Consejo de Guerra n.º 2 Especial de Valencia de fecha 26 de mayo de 1942 careció de cualquier garantía constitucional de nuestra vigente Carta Magna (RCL 1978, 2836), como es el derecho a la presunción de inocencia.
>
> b) Que también se vulneraron las garantías procesales del momento sobre todo en la forma en que se desarrolló el proceso sumarísimo y que de las pruebas obrantes en el mismo no existe indicio alguno como prueba incriminatoria fiel para imputar a los mismos la pena capital, indicando la existencia de pruebas testificales practicadas en el sumario pero que no están recogidas en la vista oral, y
>
> c) Que los medios utilizados (*sic*) fue un Código Militar derogado 30 años antes y que, cuando se dicen haber sido cometidos los hechos estaba totalmente derogado usando para ello la figura de Órdenes Ministeriales.

La respuesta, tan breve como contundente, fue la siguiente: «La legislación que se aplicó en el momento de dictarse la sentencia cuya revisión se pretende era —independientemente de la valoración que de la misma pueda tenerse— la vigente en el momento de su aplicación, sin que pueda alegarse *error iuris* en este recurso.»

> «La Constitución (RCL 1978, 2836) no tiene efectos retroactivos, por lo que no cabe intentar enjuiciar, mediante su aplicación, los actos de poder producidos antes de su entrada en vigor.
>
> En la jurisprudencia previa de este Tribunal se había admitido que la Constitución pudiera afectar a situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor, pero cuyos efectos todavía no se hubieran "agotado".» Se referían a que las penas de muerte, a los efectos del recurso, habían «agotado» sus efectos, pues el condenado había sido ejecutado.
>
> «Con respecto a situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, sin embargo ha declarado este Tribunal [...] que no se puede pretender otorgar al

texto constitucional una retroactividad «en grado máximo», de tal forma que no puede admitirse el intento de formular el recurso de amparo para remediar toda aquella situación anterior a la Constitución, cualquiera que sea su fecha, que pudiera resultar vulneradora de los derechos fundamentales que en la misma se instauran, incluidas las que hubiesen sido objeto de pronunciamientos judiciales y mantenidas en sentencias firmes de acuerdo con la legalidad vigente en su momento (STC 85/1987 [RTC 1987, 85], F. 3).

Cae fuera de la competencia de este Tribunal contrastar con las normas, valores y principios garantizados por la Constitución Española de 1978, actos de poder público, como la dramática ejecución de una condena a muerte que pertenecen a la Historia de España anterior al momento de su entrada en vigor.

Los derechos fundamentales invocados por la actora se refieren todos a las garantías del proceso del que resultó la sentencia recurrida, siendo evidente que ni a ese concreto proceso ni a ninguno de los desarrollados durante el régimen preconstitucional pueden serles de aplicación las garantías que solo se han reconocido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

La legislación que se aplicó en el momento de dictarse la sentencia cuya revisión se pretende era —independientemente de la valoración que de la misma pueda tenerse— la vigente en el momento de su aplicación, sin que pueda alegarse *error iuris* en este recurso.»

Afortunadamente, un magistrado emitió un voto particular, que se distanció de la jurisprudencia anterior abriendo una vía para la posible nulidad de las sentencias franquistas.

Dijo así, resumiendo por razones obvias, su amplia exposición:

Establecido, pues, que para remediar situaciones injustas es posible constitucionalmente la interpretación extensiva del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiendo que no es rechazable la argumentación que subyace en el planteamiento de la promovente del recurso de revisión: la Constitución es el hecho nuevo que evidenciaría la vulneración del valor justicia.

La Constitución impone un ordenamiento jurídico no cerrado ni autosuficiente, sino abierto y fundado en valores, pendiente, por lo tanto, de una constante revisión. El ordenamiento aparece al servicio y en dependencia de los valores superiores —libertad, justicia, igualdad y pluralismo político—, entre los que la justicia es el prototípico. [...] El Estado social y democrático no es el mero Estado de legalidad, sino el proyecto de un Estado justo. Y en un Estado justo, siempre inacabado, no tienen cabida las condenas pronunciadas sin un juicio justo. A tal Estado de Derecho ha de resultarle intolerable la presencia de condenas pronunciadas abiertamente en contra de la Justicia.

Con la expresión «juicio justo» se denomina un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es esencialmente histórica, pues proviene —en ello coincide la doctrina— de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada y de la formación de la convicción del juez sobre la base de actos escritos en un procedimiento fuera del control público.

El artículo 24 de la Constitución Española, junto con el 117, responde a ese modelo históricamente legitimado e incorporado a la cultura jurídico-penal europea. El contenido de ambos —contenido que supone reconocer derechos inalienables de la persona que son anteriores al Estado mismo— coincide en lo fundamental con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece como contenido de un proceso justo los derechos siguientes:

– derecho a un tribunal independiente,
– derecho a ser oído,
– derecho a la presunción de inocencia,
– derecho a ser informado de la acusación,
– derecho a disponer de tiempo y facilidades para la defensa,
– derecho a defenderse por sí o por un defensor de su elección,
– derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo,
– derecho de igualdad de armas y
– derecho de acceso a los recursos.

En el Recurso 34/2006, sobre la sentencia que condenó a muerte al dirigente político y sindical Joan Peiró, el Tribunal Supremo razona en los términos ya expuestos, pero consta un razonamiento específico que avergüenza la conciencia jurídica democrática. El recurrente alega la total ausencia de pruebas para atribuirle al acusado la comisión de los hechos gravísimos que se narran en la sentencia militar. La respuesta es la que sigue:

> En el presente caso hay un núcleo esencial de la conducta que se tipifica, constituido por la actividad que se describe así en la sentencia del Consejo de Guerra: «Producido el Glorioso Movimiento Nacional y vencido el mismo, en la ciudad de Mataró formó un Comité revolucionario que, si bien no ha podido precisarse que lo presidiera, se le considera responsable directo de los asesinatos que se cometieron en dicha ciudad, aunque también por su destacada personalidad e influencia intervino en favor de determinadas personas de derechas». Más adelante se le imputan actividades de agitación, de adhesión a ideas y de publicación de artículos contra el nuevo régimen y del libro *Peligro en la retaguardia*. [...]
>
> Dice la Sala de lo Militar: «Evidentemente, tiene razón el promovente cuando expresa que no se especifica ninguno de estos crímenes [asesinatos] toda vez que solo se concreta su actuación al formar parte del referido Comité revolucionario al que se atribuyen los mismos. Es también cierto que el resto de la conducta que se describe es genérica y da cuenta de actuaciones políticas e ideológicas. Sin embargo, tales imperfecciones técnicas no hacen posible autorizar el cauce de revisión de dicha sentencia al amparo de los preceptos citados de la Ley Procesal Militar, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no mostrársenos prueba alguna no tenida en cuenta por el Tribunal en la que se acredite un nuevo hecho que demuestre que el Sr. X no participó en los hechos descritos que fueron calificados como delito de adhesión a la rebelión, entendido como «los que se adhieran a la rebelión en cualquier forma que lo ejecuten y los que valiéndose del servicio oficial que desempeñen, propalen noticias o ejecuten actos que puedan contribuir a favorecerla» (artículo 238.2 CJM), que es el único cauce previsto en los preceptos regulados de este recurso. [...]
>
> Todo ello no significa que se excluya, desde luego, la existencia de alguna imprecisión sustantiva en la normativa aplicada y de evidentes limitaciones en las garantías procesales en los enjuiciamientos, en el presente caso y en general, en las normas aplicadas durante el Estado de

guerra y otras de derecho excepcional, dictadas en ambas zonas, que enmarcaron el enfrentamiento y sus consecuencias durante la dramática coyuntura de la guerra civil y con posterioridad a la misma, con el resultado de ocasionar situaciones de evidente dolor y el sufrimiento de numerosas víctimas y sus allegados. Sin embargo, el cauce que posibilite el reconocimiento de tales situaciones y sus efectos no puede ser, desde el punto de vista técnico-jurídico, el del ámbito del recurso de revisión, tal como está planteado en la normativa vigente invocada por la parte salvo cuando se aporten nuevos hechos o nuevas pruebas, en la forma que exige la Ley.

Es decir, la ausencia de pruebas de la comisión de un delito es «una imperfección técnica» —lo que bajo ningún concepto admitirían hoy en un recurso de revisión contra sentencias dictadas por cualquier tribunal— y tienen la osadía de referirse al «estado de guerra» cuando es sobradamente sabido que no hubo tal situación sino un golpe militar fascista violando todas las normas reguladoras de la declaración de lo que propiamente se denominaba «estado de guerra».

Pero, en este caso, concurrieron dos votos particulares. El primero, del magistrado Ángel Juanes, sostenía lo siguiente:

Una sentencia como la que dio lugar a la condena y ejecución, sin base fáctica alguna y en razón a criterios no jurídicos sino ideológicos, vulneradora de la legalidad vigente en el momento de los hechos, al infringir principios básicos ahora y antes del Derecho Penal (como son el de la legalidad de delitos y penas y el de irretroactividad), justifica sobradamente sacrificar un teórico principio de seguridad jurídica que está en la base del recurso de revisión, por el de justicia, sin desnaturalizar por ello la naturaleza de este último que, no olvidemos, es concebido por el Tribunal Constitucional no como un recurso, sino más bien como una vía de impugnación autónoma. [...]

Con ello no se pretende realizar una revisión de nuestra historia más reciente, sino remediar situaciones anómalas e injustas que repugnan al más elemental sentido de la justicia.

El de José Luis Calvo Cabello, además de reiterar lo anteriormente expuesto, se expresaba en estos términos:

Me importa señalar de forma expresa mi rechazo al argumento de la mayoría de la Sala basado en el Bando de la Junta de Defensa Nacional de 28 de julio de 1936. Con la finalidad de concluir que los hechos probados constituían el delito de adhesión a la rebelión por el que don [X] fue condenado, la mayoría de la Sala argumenta que, a partir de dicho Bando, los sujetos pasivos de ese delito y del delito de rebelión eran las nuevas autoridades políticas y militares. Pues bien, considero que, al haber sido dictado por quienes se habían alzado contra el gobierno legítimo de

> la República, la valoración de dicho Bando como instrumento normativo válido para modificar la legalidad vigente lesiona gravemente nuestro Estado de Derecho.

En el Recurso 16/1998, que concluyó por auto de 18 de diciembre de 2006 (por el atentado en la calle Correo de Madrid), se reiteran los criterios ya analizados para concluir así:

> «Tras examinar la prueba practicada en esta fase previa, hemos de señalar a continuación que, como bien señala el Ministerio Público, la sentencia cuya revisión ahora se postula se dictó de acuerdo con la legislación sustantiva y procesal entonces vigente; aunque indudable y afortunadamente nuestro proceso penal, a partir de la Constitución de 1978 (RCL 1978, 2836) y de la doctrina que en aplicación de dicha Carta Magna ha ido estableciendo la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, resulte más garantista que la vigente en el momento en que sucedieron los hechos y sin perjuicio de que las garantías y los derechos fundamentales que establece la Constitución de 1978 no sean aplicables al momento en el que se sustanció el proceso y se dictó la sentencia impugnada, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su auto de 25 de mayo de 2004 (RTC 2004, 187 AUTO)».

Terrible conclusión la de un tribunal democrático que admite que durante la dictadura los juicios militares actuaban con un cierto grado de garantías. ¡Qué complacencias con el franquismo en su etapa más despiadada!

Aquí también concurrió un voto particular firmado por los dos magistrados ya citados. En él, entre otros argumentos, dijeron:

> El recurso de revisión, regulado en los artículos 954 a 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 328 a 336 de la Ley Procesal Militar (RCL 1989, 856), es un medio extraordinario para rescindir sentencias firmes de condenas injustas. Aunque se le denomina recurso, coincide la doctrina en que en verdad no lo es, participando de este criterio el Tribunal Constitucional, como luego diremos. La función de los Tribunales en el recurso de revisión no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia, sino exclusivamente si, a la vista de las circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser «esencialmente injusta». [...] Actuar como lo ha hecho [la Sala], esto es, afirmar que no es preciso practicar más diligencias probatorias y negar credibilidad a los testimonios porque existen ciertas contradicciones (que no se refieren al núcleo de los relatos y que en principio podrían ser consecuencia del tiempo transcurrido) supone, a nuestro juicio, apartarse de la búsqueda de la verdad. Afirmación de suma gravedad. Creemos haber justificado nuestro rechazo a la decisión mayoritaria de la Sala y expuesto nuestras razones para conceder la autorización solicitada. El caso sometido a la consideración de la Sala debió conducir sin resistencia ninguna a conceder la autorización para formalizar el recurso de revisión. [...] Por ello insistimos en que la única solución respetuosa con el valor justicia, y con el último medio dispuesto por el ordenamiento

> jurídico para protegerlo, el recurso de revisión, era autorizar la formalización del recurso de revisión por la esposa del primero y el hermano del segundo. [...] Lo contrario, esto es, denegar tal autorización, supone cercenar de raíz el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, impidiendo con ello el descubrimiento de la verdad.

¿Cabe mayor descalificación del auto dictado por la mayoría, en cuanto procede de dos magistrados integrantes de la Sala?

En el Recurso 12/2005, el Tribunal, por auto de 5 de julio de 2007, confirmó la condena a muerte de Salvador Puig Antich impuesta por el consejo de guerra de Barcelona por sentencia de 4 de enero de 1974. La resolución incide en las razones expuestas anteriormente aceptando acríticamente que: «A lo largo del proceso obviamente no se otorgaron al imputado [...] más que las garantías que la legislación y la jurisprudencia preconstitucional otorgaban, como es lógico, inferiores a las que proclamó, especialmente en los arts. 24 y 25, nuestro primer texto legal (RCL 1978, 2836)». Circunstancia que no convenció al tribunal de la plena ilegitimidad y nulidad de la sentencia. Pero, en este caso, también concurrieron dos votos particulares de los magistrados ya citados disintiendo abiertamente de la sentencia.

El magistrado Juanes, después de una extensa exposición, concluyó:

> Una valoración aproximativa propia del momento en que la Sala debió pronunciarse solo podía conducir a la autorización [del recurso]. El valor justicia y una interpretación del recurso de revisión acorde con los valores constitucionales y el derecho a la presunción de inocencia del condenado así lo demandaban. Lo contrario desde mi perspectiva y con el máximo respeto al criterio mayoritario de la Sala supone cercenar de raíz el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. El valor justicia hubiera exigido una respuesta distinta.

Y el magistrado Calvo Cabello llegó a idéntica conclusión:

> Se podrá argumentar en contra que estos hechos no evidencian la inocencia del condenado. Pero, aun dejando al margen que el análisis de esa consecuencia corresponde a la fase de sustanciación del recurso, entiendo que la evidencia de la inocencia pueda ser exigida rigurosamente cuando la condena ha sido pronunciada en un juicio justo. Es en esas condiciones cuando adquiere sentido la demostración de la evidencia de la inocencia. Pero cuando, como aquí ocurrió, existen datos que permiten inferir que el proceso estaba dirigido a un fin prefijado, la exigencia ha de ser interpretada con menor intensidad. Basta, a mi juicio, con demostrar —y las promoventes lo han hecho y lo hubieran asentado y razonado definitivamente en la fase de

sustanciación del recurso— la existencia de hechos nuevos que, como los dos expuestos, no solo corroboran que el proceso seguido no fue un proceso justo, sino también que la sentencia debió ser otra.

Es digno de una especial consideración el Recurso 54/2010 que, por auto de 21 de febrero de 2011, deniega la autorización para la interposición del recurso de revisión promovido por la nieta del poeta Miguel Hernández contra la sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente n.º 5 de Madrid, con fecha 18 de enero de 1940, por la que fue condenado a muerte, luego conmutada, por delito de adhesión a la rebelión. Esta resolución obliga a tener en cuenta ciertos antecedentes.

En efecto, la nieta del poeta, María José Hernández Izquierdo, solicitó, al amparo del artículo 4.1 de la Ley 52/2007, la declaración de reparación y reconocimiento personal de su abuelo. El ministro de Justicia, el 26 de marzo de 2010, expidió dicha declaración que dice, en lo esencial, lo que sigue: «Habiendo quedado acreditado que D. Miguel Hernández Gilabert, poeta de la generación de 1936, miembro activo de la alianza de intelectuales antifascistas, defensor de la libertad y de los valores democráticos en momentos dolorosos de nuestra historia, padeció persecución y privación de libertad por razones políticas e ideológicas. Ingresó injustamente en prisión el 4 de mayo de 1939 y fue condenado a muerte en virtud de la sentencia dictada, sin las debidas garantías, por el ilegítimo Consejo de Guerra permanente n.º 5 celebrado en Madrid el 18 de enero de 1940 [...]».

Ello no fue óbice para que posteriormente solicitara del Tribunal Supremo la autorización para la interposición del recurso de revisión de la citada sentencia. Dicha solicitud dio lugar para que un ilustre magistrado expresara su extrañeza de que dicha competencia siga atribuida a la Sala Militar, «una excepción heredada de la transición, hoy inexplicable».[58] La Sala, como en ocasiones anteriores, reitera el carácter «excepcional» de dicho recurso que estima limitado a «supuestos legalmente tasados en los que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena». Entiende que la sentencia del consejo de guerra, de «naturaleza

inequívocamente política», «resulta afectada por la Ley 52/2007». A partir de ahí, la Sala considera que la sentencia objeto del recurso ha de ser «válida y vigente»; es decir, «una resolución condenatoria que se halle vigente en el mundo jurídico y que, en consecuencia, solo pueda ser dejada sin efecto mediante el proceso de revisión, presupuesto que, como veremos, no concurre en el caso actual». Continúa la resolución: «En la Exposición de Motivos de la Ley, se señala expresamente que con estos dos preceptos (los artículos 2 y 3 de la Ley) se pretende subrayar, de forma inequívoca, la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas resoluciones contrarias a los derechos humanos, contribuyéndose a la rehabilitación de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas. En consecuencia, y de acuerdo con estas prescripciones legales, de ineludible observancia, la sentencia del Consejo de Guerra Permanente n.º 5 de Madrid, de 18 de Enero de 1940, por la que se condenó a muerte a D. Eduardo [identidad ficticia que se atribuye al condenado por el Archivo del Consejo General del Poder Judicial], en cuanto dictada por un consejo de guerra ilegítimo por ser contrario a derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, es radicalmente injusta, ilegítima por vicios de forma y de fondo y carente de toda vigencia jurídica , siendo este el pronunciamiento que debe realizar la Sala». Para, a continuación, desde una interpretación retorcida del alcance de la Ley 52/2007, sostener, antes de emitir el fallo desestimatorio de la solicitud formulada, que «sin perjuicio de que la sentencia podría ser nula sobre la base del contenido de la Ley 52/2/2007, un pronunciamiento de esta clase no sería congruente con el procedimiento hasta ahora seguido, cuyo objeto, a tenor del artículo 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), se contrae a decidir si se autoriza o deniega la interposición del recurso extraordinario de revisión». Para concluir que «la Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre) no prevé una declaración individualizada de nulidad de las resoluciones a las que se refiere» y, en consecuencia, la Sala no tiene otra alternativa que rechazar la autorización del recurso de revisión por cuanto la sentencia condenatoria es «RADICALMENTE INJUSTA y haber sido declarada

ILEGÍTIMA por vicios de fondo y forma de acuerdo con lo prevenido en los artículos 2º y 3º de la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre (RCL 2007, 2355), CARECIENDO ACTUALMENTE DE CUALQUIER VIGENCIA JURÍDICA».[59] Frente a una resolución que retuerce y desvirtúa completamente el alcance de la Ley de la Memoria Histórica, se emitió un voto particular disidente (magistrado Javier Juliani) en el que se afirma que, precisamente porque la citada ley no prevé la nulidad de dichas sentencias, el recurso de revisión es la vía procesal adecuada para ello porque, a su entender, la vía invocada por la mayoría de la Sala, pérdida de «vigencia jurídica» de la sentencia, no puede determinar su nulidad. Concluyendo que la resolución dictada «impide [a la recurrente] el acceso a la jurisdicción y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución y es perfectamente fundado y viable el recurso planteado». Una vez más, el Tribunal Supremo cerró las puertas de la justicia y la reparación a las víctimas del franquismo.

Pero esta resolución, como la que veremos luego del fiscal general del Estado respecto del recurso de revisión de la sentencia condenatoria del *president* Companys, ha sido dura y fundadamente contestada por el profesor José María Asencio Mellado.[60] Dada la extensión de su análisis, nos centraremos en cinco valoraciones jurídicas.

Primera, con referencia a la Ley 52/2007, afirma que «deben establecerse los cauces para que sea posible la anulación de lo que, conforme a principios esenciales de nuestra civilización, es inexistente por falta de los elementos esenciales que permitirían hablar de tribunales y procesos...», como ocurría con el proceso y la sentencia contra Miguel Hernández. En segundo lugar, expresa su rechazo a una interpretación tan restrictiva del recurso de revisión que ha hecho la Sala «cuando existen ejemplos en el ordenamiento y la jurisprudencia en los que la vulneración de derechos fundamentales autoriza a la rescisión de la cosa juzgada a favor del valor Justicia, superior al de seguridad jurídica [...]».

Asimismo, sostiene que, con apoyo en la técnica legislativa defectuosa de la ley, la Sala no puede concluir que las sentencias «se derogan» o «pierden vigencia», porque, como es sobradamente sabido, las sentencias

«son válidas o nulas». Por tanto, no puede mantenerse que «la pérdida de vigencia jurídica [...] es equiparable en todo a la nulidad de pleno derecho», como pretende el fiscal y mantiene la sentencia.

El profesor Asencio critica rigurosamente que la Fiscalía y el Tribunal Supremo hayan interpretado la Ley de la Memoria Histórica como «un obstáculo para la determinación de la nulidad de las sentencias» afectadas por ella. Para ello, han creado una nueva categoría de sentencias, «válidas, pero inexistentes por haber perdido su vigencia», categoría artificial que no tiene otra finalidad que impedir la nulidad de las sentencias que dictaron los que algún jurista llamó «infratribunales» de la dictadura. Y concluye: «Dicha arbitrariedad [la de la sentencia del Tribunal Supremo], basada en una decisión formal y rigorista, excesivamente artificiosa, podría ser contraria al derecho de acceso a la jurisdicción y significaría consagrar una situación injusta como irremediable e insuperable».

Finalmente, la Sala de lo Militar ha dictado un nuevo auto desestimatorio, de 30 de marzo de 2012, en el recurso de revisión 50/2007. Se pretendía la autorización para interponer recurso de revisión contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 1942 por el Consejo de Guerra Permanente n.º 3 de Madrid contra el acusado por un delito de auxilio a la rebelión, imponiéndole la pena de 12 años y 1 día de reclusión mayor conmutada por la de 6 años y 1 día de prisión mayor. La recurrente, nieta del condenado, lo plantea por la siguiente razón: solicita «autorización para la interposición de recurso de revisión contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 1942 por el Consejo de Guerra Permanente n.º 3 de Madrid, en el procedimiento sumarísimo de urgencia n.º 63.831, por la que se condenó a su abuelo, el Doctor D. Vicente, a la pena de doce años y un día de reclusión menor (conmutada posteriormente por la de seis años y un día de prisión mayor), al considerarle autor de un delito de auxilio a la rebelión previsto en el artículo 240.1 del entonces vigente Código de Justicia Militar, de 27 de septiembre de 1890. Formula dicha pretensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 328.5 de la Ley Procesal Militar, alegando la existencia de dos sentencias firmes y dispares sobre los mismos hechos al

haber sido juzgado su abuelo en dos ocasiones por el mismo delito de auxilio a la rebelión. Una primera sentencia absolutoria, de fecha 28 de marzo de 1940, dictada en el procedimiento sumarísimo de urgencia n.º 24.548 y una segunda, condenatoria, de fecha 27 de octubre de 1942, dictada en el procedimiento sumarísimo de urgencia n.º 63.831».

Auto de una extraordinaria particularidad. Resuelve el recurso con los mismos fundamentos que se emplearon para denegar el planteado por la nieta de Miguel Hernández. Y también concurre un voto particular, del mismo magistrado, entendiendo que debía haberse aceptado la tramitación del recurso. Pero, en esta resolución, con la excepción de dos votos particulares, concurre una grave anomalía. La sentencia absolutoria dictada en 1940, según se razona ampliamente por dichos votos, fue indebidamente anulada el siguiente 15 de abril por el Auditor del Cuerpo de Ejército del Guadarrama, careciendo de competencia para ello, en tanto se excedió en el ejercicio de las facultades que le concedía el Decreto 55/1936, de 1 de noviembre, del general Franco. En consecuencia, la condena posterior fue ilegal e injusta. Sin embargo, la Sala de lo Militar no analiza ni valora la decisión completamente antijurídica del Auditor de guerra, que la adoptó en aplicación de dicho Decreto por el que, como vimos, se instauraron los procedimientos sumarísimos de urgencia, «en previsión de la ocupación de Madrid». La posición del tribunal es de extrema gravedad, ya que otorga plena validez a dicho Decreto y a lo acordado con fundamento en el mismo. La razón es muy sencilla: tal Decreto es una de las disposiciones represivas contenidas en la Disposición Derogatoria de la Ley de la Memoria Histórica de 2007, precisamente para «privar de vigencia jurídica a aquellas normas dictadas bajo la dictadura manifiestamente represoras y contrarias a los derechos fundamentales con el doble objetivo de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial», ley que la Sala de lo Militar del tribunal ha infringido abierta e impunemente. La aceptación de la vigencia de dicho Decreto —que es un modelo del no-derecho— y su aplicación constituye una decisión vulneradora de la citada ley y es causa de nulidad

del auto dictado en este procedimiento. ¿Cómo puede el Tribunal Supremo, en 2012, dar como válida una disposición fascista de guerra tan evidentemente injusta e inicua como lo era el citado Decreto del dictador imponiendo un proceso radicalmente injusto? Decreto que, además, está expresamente expulsado del ordenamiento jurídico español por una ley democrática. Una forma más, en este caso muy grave, de la perduración del franquismo en nuestros tribunales y del inaceptable rechazo judicial a la aplicación de disposiciones democráticas abiertamente antifranquistas.

El debate parlamentario sobre la nulidad de las sentencias de los consejos de guerra

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 52/2007 ya se planteó en el Congreso de los Diputados la necesidad de acordar, ante las decisiones judiciales que se acaban de examinar, la declaración de nulidad de pleno derecho de las citadas sentencias. Era la solución coherente con la posición adoptada el 28 de julio de 2003 por el Grupo Parlamentario Socialista cuando planteó la siguiente proposición no de ley: «Presentar en el plazo de seis meses un proyecto de Ley para la anulación de los fallos injustos emitidos en los juicios sumarios realizados al amparo de la Instrucción de la Causa General, de responsabilidades políticas, por la ilegalidad de estas normas e ilegitimidad de los tribunales y aparatos judiciales que iniciaron esos procesos y dictaron las sentencias». Con un fundamento que, brevemente, era el siguiente:

> A partir de febrero de 1939, el régimen de Franco procedió al enjuiciamiento sumario de las organizaciones políticas representativas de la República, y también de sus dirigentes, por hechos ocurridos desde octubre de 1934. También se procedió a la depuración de todos los órganos y organismos del Estado, especialmente alcaldes y concejales, ello alcanzó a los militares republicanos en su totalidad, a muchísimos enseñantes y a otros funcionarios, y ello sin perjuicio de poder ser procesados por otros hechos y ante las jurisdicciones especiales que se fueron creando, aplicándoseles la Ley de 9 de febrero de 1939 de Responsabilidades Políticas, el Decreto de 17 de noviembre de 1936, de Jurisdicción y Justicia Militar (Restablecimiento de Tribunales de Honor), la Ley de 1 de enero de 1940, de Jurisdicción antimasónica y anticomunista, y el

Decreto de 26 de abril de 1940, de Instrucción de la «Causa general» sobre los hechos delictivos cometidos en todo el territorio nacional durante la «dominación roja».

En el orden práctico, se descendió a la aplicación de una «justicia inmediata» que era aplicada por los dirigentes políticos locales del régimen en cada pueblo, formulando denuncias sobre la marcha que constituían prueba y condena. Los juicios sumarísimos celebrados a modo de eliminación sistemática del adversario, con el empleo de una «justicia al revés», condenaron por rebelión a quienes fueron leales a la legalidad democrática. La democracia tiene, a este propósito, una obligación moral, pero también jurídico-política. Que los rebeldes contra la República condenaran por el delito de «auxilio a la rebelión» a quienes se mantuvieron fieles a las leyes y a los principios constitucionales es algo más que un sarcasmo, fueron actos cuyo caparazón pseudo-jurídico debe ser destruido, aunque lo sea a posteriori y lo ha de ser desde la legalidad democrática por fin recuperada. Es precisa la restitución, la reparación equivalente, el reconocimiento moral de los daños causados, incluidos los de la vida y la libertad (se calculan hasta unos 150.000 fusilados y bastante más de 500.000 personas privadas de libertad), en España. Hasta el 20 de noviembre de 2002, no se ha producido una condena explícita del golpe militar fascista del 18 de julio de 1936, momento en el que: «El Congreso de los Diputados, en este vigésimo quinto aniversario de las primeras elecciones libres de nuestra actual democracia, reitera que nadie puede sentirse legitimado, como ocurrió en el pasado, para utilizar la violencia con la finalidad de imponer sus convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y a la dignidad de todos los ciudadanos, lo que merece la condena y repulsa de nuestra sociedad democrática. [...] El Congreso de los Diputados reafirma una vez más, el deber de nuestra sociedad democrática de proceder al reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista. Instamos a que cualquier iniciativa promovida por las familias de los afectados que se lleve a cabo en tal sentido, sobre todo en el ámbito local, reciba el apoyo de las instituciones evitando, en todo caso, que sirva para reavivar viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil». Se precisan medidas de reforzamiento democrático, lo cual es habitual y de recuerdo conmemorativo en todos los países de nuestro entorno político y cultural, donde todos los totalitarismos tienen un convencido rechazo institucional, además de ciudadano, teniendo estos países recuerdo y reconocimiento para las víctimas mediante museos o monumentos permanentes, o bien celebraciones mediante actos de afirmación democrática. Otros países, como es el caso de Alemania, que sufrió, desde 1933 a 1945, la dictadura nazi que sometió a muchos ciudadanos alemanes y no alemanes a la persecución ideológica y racial y perpetró los crímenes más horrendos, promulgó la «Ley de derogación de fallos injustos nacionalsocialistas en la asistencia del derecho penal y de las decisiones de esterilización de los antiguos juzgados de salud» para anular las sentencias infames y vejatorias promulgadas por tribunales ilegítimos durante la dictadura hitleriana».

Pero el gobierno del PSOE, con el apoyo del Partido Popular, apartándose de la anterior propuesta, lo rechazaron. En su lugar, se aprobó en la exposición de motivos que «como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia

personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la guerra civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la dictadura».

Y el artículo 3º declara que:

> 1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la guerra civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones.
>
> 2. Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley.
>
> 3. Igualmente, se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución.

Proclamaciones sin duda trascendentes en ese momento, pero que no han sido suficientes para alcanzar la nulidad de las sentencias afectadas.

Y, ya desde la sentencia sobre Miguel Hernández, que mantiene la línea adoptada por el fiscal general ante la condena a muerte del *president* Companys, la viabilidad judicial de la plena y absoluta nulidad de las sentencias franquistas resulta prácticamente nula.

El Tribunal Supremo se lamentaba hace años de que las proposiciones no de ley que declaraban la ilegitimidad del régimen surgido del golpe militar no eran «normas jurídicas nacidas al mundo del derecho». Ahora, cuenta con una ley que contiene las anteriores declaraciones. Y en lugar de aplicarlas coherentemente llegando a la única conclusión posible, la nulidad de las sentencias, decide con una artimaña de leguleyo que la consecuencia de las declaraciones legales expuestas es que «la sentencia ha perdido vigencia en el mundo jurídico» y, por tanto, no puede ser anulada porque es como si no existiera. El Tribunal Supremo elude extraer la única consecuencia posible, si es «ilegítima» por «vicios de fondo y forma» solo

puede haber una conclusión, su nulidad, como consecuencia de la aplicación de los artículos 238-243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre todo cuando dichos «vicios» han generado una absoluta indefensión. Pero, una vez más, el Tribunal Supremo evita adoptar una resolución justa que represente romper con unas instituciones violadoras de los derechos humanos. El Tribunal Supremo no se atreve, treinta y dos años después de la democracia, a afirmar, como hizo el tribunal de Nuremberg, que «el puñal del asesino se oculta bajo la toga».

En todos estos casos, los familiares de los asesinados, ya en democracia, acudieron a la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo, solicitando la nulidad de pleno derecho de las sentencias. Los juicios no habían sido justos, los condenados habían padecido una total indefensión y era evidente la ausencia de imparcialidad de dichos tribunales. Esos consejos de guerra, como todos, sacrificaron los principios y garantías, de inspiración liberal, en aras de la «rapidez y ejemplaridad» del procedimiento militar. En todos los procesos incoados contra republicanos y demócratas, la jurisdicción militar actuaba como un instrumento de la dictadura para la represión y exterminio de la oposición.

Frente a lo que era y es una evidencia histórica, aquellos familiares reclamaban justicia, es decir, que los injustamente condenados como delincuentes fueran declarados formalmente inocentes y ello solo puede acordarse por el Tribunal Supremo, lo que parece imposible, o por una declaración legal.

Ante la reprobable actitud del Tribunal Supremo, el grupo parlamentario de IU-ICV, el 14 de abril de 2011, presentó una proposición de ley en los siguientes términos:

> Exposición de Motivos:
>
> El reciente auto del Tribunal Supremo, de fecha 21/02/2011, por el que se rechaza la solicitud de revisión y la anulación de la sentencia que condenó a pena de muerte a Miguel Hernández y que fue dictada en 1940 por los Tribunales creados tras el golpe de Estado encabezado por el dictador Francisco Franco, pone de nuevo de manifiesto la necesidad democrática de una clara declaración de nulidad de todas las Sentencias que conllevaron las condenas declaradas injustas e ilegítimas por la Ley 52/2007. [...]

El mencionado auto judicial, dictado por la Sala Militar del Tribunal Supremo, viene a otorgar la condición de acto de derecho en favor de la sentencia que condenó a Miguel Hernández, al igual que ha ocurrido con todas las resoluciones judiciales precedentes que han negado sistemáticamente la revisión de las «sentencias» infames, mediante las que aquellos tribunales ilegítimos condenaron a los defensores de la legalidad democrática y de las libertades. [...]

La declaración de nulidad de las ilegítimas e injustas Sentencias dictadas por los tribunales que aplicaron las normas e instrucciones de un gobierno y de unas instituciones ilegítimas, se convierte en un requisito para avanzar en el máximo resarcimiento posible a las víctimas del franquismo. No es suficiente con la obvia afirmación de que las sentencias ilegítimas e injustas identificadas en la Ley 52/2007 ya no tienen vigencia jurídica. En muchos casos la muerte de los condenados agotó los efectos directos de las sentencias. [...]

Lo que se pretende con la anulación de estas resoluciones judiciales es el reconocimiento expreso de que las mismas no pueden ser consideradas en ningún caso como actos de derecho, por lo que debe ser explícita su expulsión del ámbito de la justicia, para reubicarlas en el ámbito de la memoria histórica, como un ejemplo de las barbaridades que se cometen cuando se parte de las premisas de la intolerancia, del dogma infalible, del odio hacia el oponente político, del desprecio hacia la voluntad popular y de la venganza.

El principio de seguridad jurídica que sirve de bandera a quienes se han venido oponiendo a la revisión y anulación de los juicios injustos, no puede prevalecer sobre el principio de la justicia proclamado tanto por el artículo 1 de nuestra Constitución como por el conjunto de normas internacionales que protegen los derechos fundamentales de las personas. La seguridad jurídica nunca puede predicarse de actos que nunca han estado en el campo del derecho, puesto que han sido dictados a partir de la ruptura del Estado de derecho diseñado por la Constitución y las leyes de la Segunda República Española. Lo que es ilegal en su raíz no puede resultar protegido por el principio de seguridad jurídica sobre la base del transcurso del tiempo.

Es cierto que la Ley de la Memoria Histórica supuso un importante paso adelante al reconocer y declarar expresamente «el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la guerra civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la dictadura». Esta declaración es consecuencia del reconocimiento por la misma Ley de que los Tribunales franquistas eran «contrarios a Derecho», es decir, ilegales en cuanto sustituyeron por la fuerza a la legalidad y las instituciones republicanas. Y eso significa también que los procesos y las sentencias eran «ilegítimas», en cuanto radicalmente contrarias a los derechos fundamentales y a los más elementales Principios de Justicia. [...]

Pero, pese a este nuevo instrumento legal, todos los procesos que se incoaron por los tribunales franquistas conservan aún su validez, que no su vigencia. Mientras todas esas sentencias no sean anuladas, los condenados no serán formalmente inocentes.

Queda pendiente, en consecuencia, la plena rehabilitación jurídica de las víctimas del franquismo, con declaraciones judiciales de «inocencia» de los condenados y la anulación de las sentencias que los condenaron injustamente. [...].

Además, esta proposición de ley contiene también la modificación del artículo 11 de la Ley 52/2007, al considerar que el Estado debe asumir un papel más activo en la localización e identificación de las víctimas y desaparecidos a partir del golpe militar de 1936. La localización e

identificación de las personas que murieron a partir de ese momento, particularmente por ejecuciones extrajudiciales sumarias, es un deber público que no puede dejarse a la iniciativa y esfuerzo de la ciudadanía, con independencia de la colaboración que, en todo momento, pueda haber entre los poderes públicos y los familiares o entidades más preocupadas y dedicadas a la recuperación de la memoria histórica.

Por todo ello planteó una inaplazable reforma legal, en relación a la Ley 52/2007: Se propuso que el apartado 3 del artículo 3 quedase redactado en los siguientes términos:

> Artículo 3. Declaración de ilegitimidad y nulidad
>
> 3. Se declaran nulas de pleno derecho, por la ilegitimidad de los tribunales, por vicios de forma y de fondo y por la ilegitimidad de las normas aplicadas, las Sentencias y resoluciones judiciales o administrativas dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución. [...]

Y, complementariamente, se propuso la reforma del artículo 11 en los siguientes términos:

> Artículo 11. Responsabilidad de las Administraciones públicas en la localización e identificación de las víctimas.
>
> Sin perjuicio de las competencias legales de jueces y fiscales, las administraciones públicas asumirán las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la guerra civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore. A dicho fin se colaborará con las entidades que incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines.
>
> La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo para la ejecución de esta actividad y apoyará, a través del Ministerio de Justicia y el Instituto de Medicina Legal, la actividad desarrollada por la Administración de Justicia. [...]

Proposición de ley que no fue tramitada por el Congreso de Diputados. Exigencia que habrá que seguir manteniendo por una razón fundamental de justicia.

Ya nadie duda de que la solución adoptado por la ley alemana es la única posible y jurídicamente viable. Como, en efecto, lo reconoció el

propio fiscal general del Estado en el Decreto sobre el *president* Companys: «En 1998 el Parlamento alemán aprobó la ley de anulación de los juicios injustos nacionalsocialistas a través de la cual se dejan sin eficacia jurídica las sentencias dictadas por el Volksgerichtshof (Tribunal Popular) y algunos de los tribunales especiales de la época. Dicha ley fue modificada posteriormente ampliando su ámbito de actuación, siendo la última de dichas modificaciones la operada el 24 de septiembre de 2009 para anular globalmente las condenas por traición de guerra. La mencionada disposición legal, en el parágrafo primero, anula todos los juicios penales que con violación de la más elemental idea de justicia se dictaron desde enero de 1933 por razones políticas, militares, raciales, religiosas o ideológicas con la finalidad de imponer o mantener el régimen nacionalsocialista».

Pero debe dejarse constancia de que la vía judicial para la anulación de dichas sentencias era y sigue siendo posible. Pero varias causas lo han impedido.

Desde el punto de vista institucional, por la gran falta de responsabilidad legal y democrática de los fiscales generales del Estado, que estando facultados legalmente para hacerlo, no interpusieron, de conformidad con el art. 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los recursos de revisión contra las sentencias condenatorias de los Consejos de Guerra y del Tribunal de Orden Público. Podrían y debían haberlo hecho como lo hizo el fiscal general Javier Moscoso del Prado contra la sentencia que condenó a muerte a Julián Grimau.

Y, políticamente, por las debilidades de las fuerzas democráticas, primero, y por la cobardía de los gobiernos socialistas. Y, desde luego, por la oposición frontal del Partido Popular a revisar las profundas injusticias de nuestro pasado totalitario.

3

EL PROCESO MILITAR AL *PRESIDENT* COMPANYS. EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO RECHAZA SU REHABILITACIÓN

UN JUICIO RADICALMENTE INJUSTO[61]

El análisis de la sentencia condenatoria del *president* Lluís Companys tiene unos presupuestos políticos que, por conocidos, no pueden obviarse. Desde el golpe militar del 17 de julio de 1936, que puso en marcha el llamado «movimiento redentor de nuestra patria» por el Bando de Guerra de 28 de julio de 1936, uno de sus objetivos era acabar violentamente con el proceso autonomista de Cataluña establecido en el artículo 11 de la Constitución de 1931 y concretado en el Estatut d’Autonomia de 15 de noviembre de 1932. Así lo expresaban los primeros bandos de guerra de la Junta de Defensa Nacional. Pero, formalmente, se acordó por la Ley de 5 de abril de 1938 firmada en Burgos por el ministro del Interior Ramón Serrano Suñer y el general Franco (BOE 534/8-4-1938). En dicha ley se afirmaba que «el Alzamiento Nacional significó en el orden político la ruptura con todas las instituciones que implicasen negación de los valores que se intentaban restaurar. Y es claro que [...] el Estatuto de Cataluña, en mala hora concedido por la República, dejó de tener validez en el orden jurídico español desde el día diecisiete de julio de mil novecientos treinta y seis. [...] Pero la entrada de nuestras gloriosas armas en territorio catalán plantea el problema, estrictamente administrativo, de deducir las consecuencias prácticas de aquella abrogación. Importa [...] restablecer un régimen de derecho público que, de acuerdo con el principio de unidad de la Patria, devuelva aquellas provincias el honor de ser gobernadas en pie de igualdad con sus hermanas del resto de España». De conformidad con estos principios se establece que «la Administración del Estado, la provincial y la municipal en las provincias de Lérida, Tarragona, Barcelona y Gerona, se regirán por las normas aplicables a las demás provincias». Con ello, se acuerda «la liquidación del régimen establecido por el Estatuto de Cataluña». Más tarde, la Ley de 8 de mayo de 1939 dispone que «quedarán ineficaces de pleno derecho las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Casación de la Generalidad después del 18 de julio de 1936» (artículo 5), disposición derivada del planteamiento de dicha ley de que desde el

«glorioso Alzamiento Nacional la jurisdicción ejercida en los territorios de dominación roja se convirtió en meramente de hecho y quedó privada de legitimidad».

Con motivo del 75 aniversario de la proclamación de la Segunda República, un grupo de ciudadanos firmó un manifiesto bajo el título «Con orgullo, con modestia y gratitud» que, además de reconocer «el colosal impulso modernizador y democratizador que acometieron las Instituciones republicanas», afirma el «brutal retroceso» que representó el golpe militar del 18 de julio de 1936 en todos los órdenes de la vida social, cultural y política de España. Lo describió con absoluta precisión Julián Casanova:

> En cualquier caso, aquí se hablará de represión fascista, tratando con ello de situar los métodos de quienes se levantaron contra la República en el marco adecuado, en el de los fascismos europeos del periodo de entreguerras. Todos ellos compartían los mismos objetivos —la destrucción del sistema democrático, el aplastamiento del movimiento obrero y de los partidos políticos y la implantación de un Estado omnipotente— y sin duda fue el fascismo español uno de los más avanzados en su ejecución.[62]

Toda la estrategia represiva de los sublevados, en el marco general de violencia que implantaron, fue la persecución implacable del gobierno de la República, de todos sus dirigentes y de sus seguidores, mediante la atribución a los mismos de la comisión del delito de rebelión militar que, como ya se ha expuesto, jamás habían cometido.[63] Delito que, evidentemente, solo habían cometido los rebeldes. Pues, la sublevación militar se hace «mediante la declaración del estado de guerra por parte de las autoridades militares comprometidas en la rebelión, desconociendo de este modo las reglas constitucionales sobre declaración de estados excepcionales que prohibían toda suspensión de garantías no decretada por el gobierno democráticamente elegido».[64]

En cuanto a la jurisdicción militar que conoció del proceso contra el *president* Companys, reproducimos lo ya expuesto sobre la composición y funcionamiento de los consejos de guerra en el capítulo anterior.

Con una particularidad.

En el caso del *president* de la Generalitat, el defensor a quien se dio traslado de la causa «por un término que nunca excederá de tres horas», según el artículo 658 del Código de Justicia Militar, para que en ese plazo «estudie la causa, obtenga nuevas pruebas, formule escrito de defensa y prepare el informe», el plazo que se le otorgó solo fue de dos horas. Pocas veces se ha definido tan bien la posición de absoluta inferioridad del derecho de defensa como lo hizo en su día Josep Maria Figueres: «El defensor és igualment ràpid: no ha pogut parlar amb l'acusat, no ha pogut llegir el sumari, no disposa de temps per aportar testimonis, no pot meditar, elaborar i redactar un escrit complet d'al·legacions, no pot, en suma, fer la defensa».[65] Es la suprema expresión de la indefensión absoluta. Ya hemos dicho que ante la sentencia dictada en este procedimiento no cabían recursos y que solo ganaban firmeza (conforme al artículo 662 del Código de Justicia Militar) «con la aprobación de la autoridad judicial del Ejército o Distrito, de acuerdo con su Auditor». Finalmente, las sentencias, decía el artículo 662, «se ejecutarán sin dilación».

En este marco jurisdiccional y procesal ya se han agotado los calificativos para denunciar su profunda y radical ilegalidad. Sin embargo, no está de más tener presente los términos empleados por Alberto Reig Tapia: «distorsión de los principios del derecho», «desafueros jurídicos», «mascaradas jurídicas en que eran violados los principios y fundamentos básicos de todo Estado civilizado», «arbitrariedad organizada».[66]

En el contexto del Estado totalitario ya implantado y con una represión perfectamente planificada y ejecutada, las autoridades franquistas, desde el dictador y sus ministros, el director general de Seguridad, José Finat (conde de Mayalde), hasta su representación diplomática en Francia, el agente Pedro Urraca Rendueles,[67] «jefe de la policía española en París» y la colaboración de la policía militar alemana (Geheime Feld-Polizei), todos se dispusieron a la captura o aprehensión del *president* Companys. No debe emplearse el término «detención», que por estar justificada solo por la comisión de un delito y por su carácter de provisionalísima tiene una significación y trascendencia jurídica que no era aplicable en ningún caso a la privación de libertad del *president*.[68] Sobre todo, cuando el 19 de septiembre el director general de Seguridad comunica al capitán general de Cataluña que pone a su disposición al «detenido Luis Companys Jover» por una conducta tan ajena a las leyes penales vigentes como su «actuación marcadamente marxista». Así resulta de las comunicaciones oficiales con motivo de la captura y traslado a España del *president* Companys.[69]

El proceso que condujo a la aprehensión del *president*, y su traslado a Madrid y Barcelona hasta que el 3 de octubre de 1940 queda a disposición del capitán general de Cataluña, es un paradigma de arbitrariedad y de violación de toda clase de garantías personales. Con independencia de que estuviera residiendo en la «zona ocupada» por el ejército alemán, la potencia ocupante, cualesquiera que fuesen los términos del armisticio franco-alemán de 22 de junio de dicho año, no podía desconocer los elementos centrales de la soberanía del Estado francés que representaba el gobierno de Vichy. El secuestro del *president* catalán ni siquiera se ajustó a los acuerdos de dicho armisticio entre el alto mando de las fuerzas armadas alemanas y los plenipotenciarios franceses en Compiègne. Es cierto que en el artículo III se establecía que «en las partes ocupadas de Francia, el Reich alemán ejercerá todos los derechos de una potencia de ocupación»; pero el artículo 43 del acuerdo establecía que «cuando la autoridad legítima pase de

hecho a manos del ocupante», «este respetará, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el País». Con dos consecuencias: la primera, que la potencia ocupante estaba obligada a respetar a la población civil de la zona ocupada con arreglo al Reglamento Anexo de los Convenios de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, respeto que amparaba el status personal del *president*. Pero, sobre todo, ante una medida tan grave y excepcional como era la captura y traslado a España de un ciudadano extranjero en el que concurría la condición de refugiado político y presidente de un gobierno depuesto militarmente, la autoridad alemana debía de haberse abstenido de cualquier intervención ya que dicha medida, en cuanto expresión del ejercicio de la soberanía de un Estado, solo podía y debía haberse ejercido por el gobierno de Pétain.[70] En consecuencia, la autoridad alemana violó el acuerdo de armisticio y así lo denunció posteriormente el gobierno de Vichy.

Y las autoridades españolas no podían desconocer la legalidad vigente como era el Tratado de Extradición con Francia de 14 de diciembre de 1877, entonces vigente y aplicable, por tanto, a los refugiados españoles en Francia. Como no podían desconocer que entre los delitos que podían motivar la extradición no se encontraban los de rebelión, sedición u otros similares. Asimismo, el tratado exigía además de otros requisitos que a la demanda se acompañara «un mandamiento de prisión...» (artículo 5º), mandamiento que como veremos, nunca se acordó respecto del *president* Companys. Por añadidura, las autoridades franquistas desconocieron también, cuando era evidente que la jurisdicción militar era la única competente para enjuiciar al presidente, que el Código de Justicia Militar vigente exigía a las autoridades militares proponer al gobierno que «solicite la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme en los casos que corresponda», con la doble condición de que fueran «españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero» y que se hubiese acordado «la prisión del culpable» (artículos 671-677, Código de Justicia Militar).

Las comunicaciones oficiales que expresan la orden de capturar al *president* Companys, su privación indefinida de libertad y la ausencia de toda información de las razones de la misma constituyen, como ya se ha dicho, una violación manifiesta de las normas entonces vigentes y de los principios de justicia. Realmente, desde el 13 de agosto hasta la comparecencia ante funcionarios de policía y de la Guardia Civil el 17 de septiembre, no consta que fuera informado de que estaba detenido como supuesto responsable de «actos delictivos cometidos en aquella región de su mando». Y hasta el 4 de octubre no declaró ante un juez, el instructor militar que, además de no informarle de los hechos y del delito que justificaba su detención, incomprensiblemente le tomó declaración en calidad de testigo —con «obligación de decir verdad»—, declaración radicalmente nula puesto que era incompatible con su condición de perseguido penalmente por la supuesta comisión de delitos. Constituía un agravio más pretender que el presidente catalán pudiera ser obligado, como exigía el artículo 437 del Código de Justicia Militar para los testigos, «a auxiliar la acción de la justicia». Y todo ello, sin asistencia letrada. Solo el 7 de octubre, es decir 56 días después de ser capturado, es informado de los hechos y del delito —el de rebelión militar— que había motivado su privación de libertad. Y ni siquiera en ese momento, el juez militar formaliza su «prisión preventiva», a que estaba obligado por los artículos 470-479 del Código de Justicia Militar. Es mantenido, pues, en su condición de detenido hasta la ejecución de la pena capital.

Evidentemente, desde el inicio del golpe militar, quedaron suspendidas *de facto* todas las garantías procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, particularmente el plazo de detención policial, que ya era desde hacía muchísimos años de setenta y dos horas. [71] En su lugar, se impuso un régimen arbitrario e indefinido de detenciones policiales que era una parte sustancial de la política de terror y que favorecía y amparaba la práctica generalizada de la tortura, práctica esencial en la ejecución de la política represiva, siempre impune hasta el final de la dictadura. En este punto, ya concluida la contienda militar, es

ineludible la cita de la Orden de 9 de enero de 1940 (B.O.E. 11) que regula «el régimen de detenciones y prisiones», disposición de mínimo rango legal pese a afectar a un valor esencial cual era la libertad personal. El presupuesto de la norma es hacer frente a «la magnitud de la criminal revolución roja» y dictar normas que evitando «la impunidad del culpable», «no produzcan daños ni ocasionen molestias superiores a las indispensables para restablecer el equilibrio jurídico». En consecuencia, esta norma confirma la continuidad del estado de guerra, como así ocurrió hasta 1948.

Cuando ya ha transcurrido más de un año del fin de la contienda militar, se mantienen disposiciones de excepción en materia de detenciones. Afectan tanto a los detenidos en los «procedimientos sumarísimos de urgencia, tramitados con arreglo al Decreto de 1 de noviembre de 1936» como a los «detenidos gubernativos». En ambos casos, se establece un plazo ordinario de treinta días de detención militar o policial. En el caso de los «gubernativos» (artículo 4º) se autoriza una extensión de dicho plazo hasta tres meses «por ratificaciones sucesivas» que debían ser «aprobadas por la Dirección General de Seguridad». Constituye una previsión legal inaudita por sí misma y por las consecuencias que generaba entonces, dado que basta imaginarse lo que podía representar estar detenido en esas condiciones, sin comunicación con el exterior y, desde luego, sin asistencia letrada. Como hemos dicho, era el apoyo legal de la tortura. Pues bien, ni esta norma tan excepcional como arbitraria le fue aplicada al *president* Companys.

La primera anomalía del proceso es que el capitán general, el 3 de octubre, ordena al juez instructor militar la incoación del «procedimiento sumarísimo ordinario» contra el *president* Companys por hechos ajenos a una calificación delictiva, exactamente por «su intervención en el movimiento revolucionario», lo que expresa que su aprehensión no era la consecuencia de la comisión de un delito, por más que luego se creara la cobertura jurídica adecuada, sino pura y simplemente una venganza política ajena a presupuestos y formalidades jurídicas.

El juez militar instructor Ramón de Puig Ramón, general de caballería en la reserva, para «la comprobación del delito» de rebelión militar que se atribuía al presidente, no se ajustó en absoluto al criterio de imparcialidad que le era exigible. A ello debió contribuir la presencia del secretario judicial, el teniente coronel de caballería José Urrutia Huerta, que había participado activamente en la represión de los sucesos de octubre de 1934 y en la sublevación militar de 1936. Así se inició el procedimiento sumarísimo número 23.468, mediante unos trámites que, como dijo tan acertadamente Josep Benet, «se sucedieron de forma rapidísima».

Para plantear una investigación imparcial bastaba haber leído con objetividad la declaración policial del *president* Companys del 18 de septiembre en la Dirección General de Seguridad. La misma obligaba a haber practicado, pese al breve plazo disponible, alguna diligencia claramente exculpatoria de responsabilidad. Sencillamente comprobar algunas de sus afirmaciones: «En los tres primeros meses, del movimiento, dimos una cantidad exorbitante de pasaportes a aquellas personas que se pudieron creer comprometidas». Así lo expuso Hilari Raguer: «El Consulado francés, en una publicación oficial, afirmaba que salvó la vida a 6.630 españoles. [...] Esto no hubiera podido hacerse sin los desvelos de la Generalidad. Después de la guerra, se dedicó un agradecido homenaje al cónsul Bossi; a Companys lo fusilaron».[72] Asimismo se refirió a este problema Josep Benet: «No se citó, pues, a ni una sola de los miles de

personas que, por orden de Companys, habían recibido un pasaporte en el año 1936 para poder abandonar Barcelona al sentirse amenazadas durante los primeros meses de la guerra ni a ninguno de los militares que se habían insurreccionado en julio de 1936 y que, gracias a las disposiciones adoptadas por el *president* Companys, habían salvado la vida».[73] Y tampoco se comprobó, mediante una diligencia tan elemental como la aportación efectiva y examen del DOGC, que el gobierno del presidente, desde el 10 de octubre de 1936 había conmutado la pena de muerte a 92 personas condenadas por los tribunales republicanos.[74] Como tampoco se practicaron diligencias para acreditar las medidas tomadas por Companys y su gobierno desde el inicio de la sublevación para «ir recobrando el poder que había perdido por la desaparición de todo instrumento coactivo del poder», las decisiones adoptadas para «canalizar la situación creada» por las incautaciones, que los depósitos bancarios «quedaron intactos» y tampoco se constató toda la actividad desarrollada para comprobar lo que el presidente afirmó: «las alhajas y demás valores que no desaparecieron en los primeros momentos de la revuelta y que fueron llevados a la Generalidad, se depositaron en los depósitos de Hacienda de la misma, debidamente inventariados, custodiados y guardados». Como tampoco se comprobó la veracidad de su afirmación de que los barcos fondeados en el puerto, convertidos en prisiones, y las cárceles «no fueron asaltados en ningún momento». Y, por último, era una obligación ineludible comprobar la certeza de sus palabras cuando afirmó en relación a «los paseos» que no solo «condenaba estos hechos sino que gracias a esta actitud mía y del Gobierno de la Generalidad pudieron salvarse gran número de personas y bienes de tal suerte que las estadísticas demuestran que a pesar de la superioridad de su población en Barcelona hubo menos víctimas y destrozos que en las demás grandes capitales».

El instructor se limitó, pues, a reclamar informes a los organismos del llamado «Nuevo Estado» como la Jefatura Superior de Policía, Comandancia de la Guardia Civil y Jefatura Provincial de la FET y de las JONS. Y citar testigos, prácticamente todos de cargo, destacados por haber

participado en la sublevación militar de 1936, como falangistas, funcionarios de policía, un magistrado y algunos funcionarios de la Generalitat. Así lo hicieron Carlos Trías Bertrán, Pedro de Armenteros Urbano, Joaquín M. Balcells y Serch, Antonio Fernández-Argüelles y Ferrer, José Tapies Mestres, Manuel Bravo Montero y Buenaventura Sánchez-Cañete López.[75] Este último, pese a su condición de magistrado declaró: «se considera [a Companys] como uno de los más culpables de todos los crímenes, destrucciones, por la política de envenenamiento de las masas obreras y de la clase media, y contra la unidad de la patria. Además era humilde servidor del internacionalismo masónico y comunista».[76] Solo dos testigos —Antonio Fernández y José Tapies— fueron más ecuánimes, pero no podían contrarrestar el aluvión de acusaciones infundadas, falsedades y calumnias que se aportaron a la causa.

Para resumirlas, bastan dos de las conclusiones del informe de la Guardia Civil: «Su actuación durante el periodo rojo no pudo ser más funesta, ya que era el verdadero inspirador y director de toda aquella matanza y catástrofe económica que sumió a Cataluña y a España en la situación que todos arrastramos».

En relación a «determinadas personas de derechas», «él [el presidente] personalmente ordenaba que fueran asesinadas».

Y, la parte final del informe de Falange, de la que era jefe provincial el testigo Carlos Trías: «Durante el dominio rojo continuó instigando al asesinato de los sacerdotes, lo cual consiguió grandemente, siendo responsable de innumerables asesinatos».

Igualmente, el 7 de octubre, el instructor acordó requerir a la Diputación Provincial, «manifestándole que los tomos de Protocolo y de Boletines Oficiales de la Generalidad [...] correspondientes a los meses de dominio rojo-separatista en esta ciudad, quedaban como piezas de convicción [...] quedando en depósito en la Diputación [...] y únicamente serán presentados ante el Consejo de Guerra». Diligencia que no permitió el examen de dicha documentación, resultando, como ciertamente se pretendía, totalmente irrelevante para la defensa del procesado.

La acreditación probatoria de todo ello era absolutamente inexistente. Pero para el objeto del proceso, el fusilamiento con la cobertura de una condena a pena de muerte, era irrelevante. Porque el instructor jamás se planteó, como estaba obligado a hacer, «consignar y apreciar las circunstancias adversas como favorables al presunto reo», como desde 1882 exigía a todo juez la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ley citada por dicho instructor como «concordante» del Código de Justicia Militar en el auto de procesamiento que dictó el 7 de octubre. Auto en el que, llegando aún más lejos de lo que ocurriría horas más tarde, el instructor considera al presidente autor de los delitos definidos en el Bando de Guerra de 28 de julio de 1936 que consideraba «como rebeldes» y, por tanto, también al presidente, autor de un delito de «posesión de armas de fuego o sustancias inflamables o explosivas». ¿Cabía mayor osadía?

Tras la audiencia del *president* Companys el mismo día 7 de octubre, en esta misma fecha el instructor eleva la causa al superior militar describiéndole como «uno de los principales cabecillas culpables de los innumerables crímenes, incendios y desmanes que se cometieron durante esta época» («de dominación roja»).

El 9 de octubre, el fiscal militar, Enrique de Querol y Durán, que también había participado en la sublevación militar, formuló acusación por el delito de rebelión militar, solicitando la pena de reclusión mayor a muerte. Reprodujo sustancialmente los informes policiales y falangistas sin apreciar ninguna circunstancia personal o política que pudiera favorecer al acusado y en una máxima expresión de su parcialidad y pasividad renunció «a la práctica de nuevas diligencias de prueba». Como si las practicadas fueran suficientes.

El mismo día 9, es designado defensor el capitán de artillería Ramón de Colubí Chanez que, en la misma fecha, se entrevistó con el presidente y presentó escrito de defensa. Por más que asumiera su función con el mejor propósito pese a que había formado parte del ejército sublevado, en su escrito, tras admitir que el acusado «se opuso al triunfo» del «Glorioso Movimiento Nacional» «consecuente con su postura ideológica de toda la

vida», admitió que el procesado «en todo momento demostró con palabras y obras su deseo de oponerse a los desmanes que en zona roja se cometieron, buen deseo obstaculizado por las masas desbordadas...», destacó «el tono moral de la actuación» del acusado demostrado por su actitud «con los Generales Goded y Fernández Burriel mientras estuvieron detenidos en la Generalidad..» y, entre otros extremos, reconoció como «notorio que el gobierno por él presidido extendió infinidad de pasaportes a personas perseguidas, que por este medio pudieron salvarse».[77] A este planteamiento de la defensa se unió la apreciación de una atenuante, la del artículo 9.4ª del Código Penal de 1932, llamada de preterintencionalidad, consistente, para simplificar, en no haber querido causar tantos daños o males como realmente se produjeron.[78] Atenuante, ya suprimida en el Código Penal vigente, siempre de difícil estimación y aún más ante conductas tan complejas como las descritas. Pero ello le permitió eludir la solicitud de pena de muerte y, en su lugar, interesar una pena de 20 años y 1 día a 30 años. Y, desde luego, por más que resultara inútil, renunció «a la práctica de nuevas pruebas», pese a que introdujo en su escrito elementos claramente exculpatorios. Y en la misma fecha —seguimos en el día 9—, el presidente es nuevamente oído, ya «asistido de su defensor», y «preguntado [...] por qué ante la imposibilidad de evitar crímenes y desmanes como dice era su deseo, no abandonó los cargos que ostentaba e incluso marchara al extranjero, manifiesta que cree que en ese caso todo hubiera sido aún peor».[79] Finalmente, ese mismo día, el presidente es informado de la composición del consejo de guerra.

El 12 de octubre, el instructor acordó que aquellos «Protocolos y Boletines Oficiales de la Generalidad publicados durante el dominio rojo» estuvieran en el castillo de Montjuïc «el día y hora de la vista».Diligencia de evidente y consciente inutilidad, dado el momento en que se acordó y sin que conste que fueran consultados en aquello que pudiera favorecer al presidente.

El 14 de octubre se constituyó el consejo de guerra, integrado por seis generales y un coronel, como vocal ponente, y se celebró un simulacro de

juicio en el que no se practicó prueba alguna. Eso sí, el fiscal militar aportó, como un elemento más de fundamentación de su acusación, «un testimonio de la causa n.º 900 del año 1936 instruida en el Juzgado de Ejecuciones de la Capitanía General de Baleares», que fue aceptado. Prueba que, con independencia de su contenido pretendidamente inculpatorio, en modo alguno podía ser impugnada y acrecentaba la indefensión del acusado. Basta leer el acta del juicio.[80]

Y, en la misma fecha, se dicta la sentencia que falla condenar al *president* Companys, por delito de adhesión al de rebelión militar ya citado, a la pena de muerte.[81] Dicha sentencia relata así, en un breve resumen, los que considera «Hechos Probados» justificativos de la pena de muerte:

> El procesado continuó en dicho cargo de presidente de la Generalidad, oponiéndose decididamente al triunfo del Alzamiento. [...]
>
> El procesado no puso remedio para reprimir los desórdenes, crímenes, asesinatos, robos, saqueos y depredaciones de toda clase... y no solo los toleró sino que con su actuación más bien fueron favorecidos y alentados. [...]
>
> Que presidiendo el Gobierno de la Generalidad legisló ampliamente [...] inspirándose siempre en el afán de conseguir el triunfo de las izquierdas.

La sentencia valoró como criminales mantener el poder constituido de la Generalitat y hacer frente a la sublevación militar, aceptando una versión mendaz del inicial desbordamiento de los poderes legalmente establecidos que era explicable, como había dicho el presidente el 18 de septiembre, ante «un cataclismo histórico».

De dicha sentencia, debemos valorar dos aspectos fundamentales que muestran la arbitrariedad y la parcialidad con que fue dictada.

El primer «considerando» o fundamento jurídico está construido a partir de dos presupuestos falsos. Primero, que las «autoridades militares [...] se alzaron en cumplimiento de la misión atribuida al Ejército en su Ley constitutiva de defender la Patria contra enemigos tanto exteriores como interiores...»; y que, «surgido así el nuevo Estado, la oposición armada contra el mismo origina la rebelión definida en el artículo 237 del Código de Justicia Militar».

El punto de partida de dicho fundamento parece estar en que para el ejército, el gobierno de la República era la expresión de los «enemigos interiores y exteriores» de la patria. Y, en consecuencia, las autoridades militares se sublevaron para salvar a la patria de dichos enemigos, es decir, del gobierno de la República. El consejo de guerra, ante una personalidad

tan relevante de la Segunda República y presidente del gobierno de Cataluña, debía haber sido más riguroso en su argumentación. En efecto, la ley que cita como vigente, de 29 de noviembre de 1878, afirmaba en su artículo 2º que «La primera y más importante misión del Ejército es sostener la independencia de la Patria, y defenderla de enemigos interiores y exteriores». Pero el artículo 4º de dicha Ley establecía expresamente que «El mando supremo del Ejército [...] corresponde exclusivamente al Rey». Y, más adelante, el artículo 11 disponía que «en casos de guerra, preparación para ella y cuando crea que las circunstancias lo exijan, el Gobierno podrá organizar la fuerza armada». Era evidente que la iniciativa que adoptaron no se ajustaba en absoluto a la legalidad que invocaban, ya que las autoridades militares carecían de competencia para tomar las armas contra el gobierno legítimo del Estado. Pero es aún más grave que el consejo de guerra ocultara que dicha ley de 1878 ya no estaba vigente, en cuanto había sido derogada y sustituida por la Ley de 19 de julio de 1889 en la que se afirmaba, en términos muy distintos a la anterior, que «el Ejército constituye una Institución Nacional regida por leyes y disposiciones especiales y cuyo fin principal es mantener la independencia e integridad de la patria y el imperio de la Constitución y las leyes», eliminándose cualquier referencia a aquellos supuestos enemigos. Y, desde luego, manteniendo al Rey, «con arreglo a la Constitución del Estado», en «el mando supremo del Ejército y de la Armada».[82] El consejo de guerra actuó con evidente mala fe ocultando deliberadamente leyes vigentes que desautorizaban su pretendida legitimidad para sublevarse contra la República.

Entre los fundamentos jurídicos de la sentencia, sorprende la cita de «el número 2 del Grupo 1º del anexo a la orden de 25 de enero de 1940 (BOE n.º 26)». En dicha disposición volvía a atribuirse la rebelión a las víctimas de la misma cuando el preámbulo se refiere a las «responsabilidades contraídas con ocasión de la criminal traición que contra la Patria realizó el marxismo al oponerse al Alzamiento del Ejército y la Causa nacional». Como ya se ha dicho, la represión se fundamentó desde sus inicios en una

aplicación generalizada y analógica del delito de rebelión militar, ya prevista en el bando de 28 de julio y que, concluida la guerra, se aplicó «a conductas carentes por completo de relevancia política».[83] Así quedó patente en la orden citada por la sentencia, orden de la Presidencia del Gobierno que ordenó constituir en cada provincia las comisiones de «examen de penas», dependientes de las «autoridades militares» y presididas por un «jefe del Ejército», para unificar los criterios de los «tribunales militares» sobre propuestas de conmutaciones de pena. ¿Quién podía seguir hablando de jurisdicción durante esa etapa? Entre los criterios que se fijaban, se ordenaba a dichas comisiones que no procedía «elevar propuesta de conmutación» de la pena de muerte en el caso de condenados que fueran «miembros de los Gobiernos, diputados, altas autoridades y gobernadores civiles rojos sentenciados por rebelión». Resulta radicalmente contrario a los principios de derecho y justicia que el consejo de guerra aplicara una orden de ínfimo rango normativo para justificar implícitamente la imposición de la pena capital, sobre todo cuando dicha disposición estaba exclusivamente destinada a «regular el procedimiento para el examen de aquellas causas ya falladas», lo que evidentemente impedía su aplicación en este proceso y en la sentencia.

Los dos fundamentos expuestos expresan un uso torticero y arbitrario del derecho que permite llegar a la evidente conclusión de la parcialidad subjetiva y objetiva. Parcialidad que justifica la concurrencia en todo el consejo, extensiva al fiscal, de una evidente causa de recusación. Así lo apreció con lucidez el letrado Marc-Aureli Vila en el dictamen emitido en 1970 sobre dicha sentencia y que conserva plena validez. «Ningú no pot negar que els membres que constituïen el tribunal tenien enemistat manifesta amb l'acusat, ja que eren generals d'un exèrcit sediciós contra el qual el President mantinguè una resistència cívica absoluta durant prop de tres anys de guerra». Concluía dicho letrado: «La sentència que condemnà a mort el president Companys fou una farsa tràgica i monstruosa en la qual no es respectà la llei escrita ni els Principis Generals del Dret ni el Dret de Gent. La sentència s'ha de qualificar d'assassinat jurídic».[84]

La condena por ese consejo de guerra del *president* Companys no fue un «juicio justo», porque el órgano que la dictó era «ilegítimo, dependiente y parcial» (auto del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, recurso de revisión 5/2006). Es decir, no era un tribunal. Era el ejecutor de una vindicta ideológica y política de un Estado totalitario contra los que consideraba sus enemigos.

Ante tal aberración y enorme tragedia, queden las últimas y dignísimas palabras del presidente catalán ante los militares a quienes dijo que: «si la sentencia le condenaba a morir, lo hará sereno y muy tranquilo, por sus ideales, y sin sombra de rencor». Al cabo de unas horas, fue fusilado.

EL PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE REVISIÓN POR LA GENERALITAT

El Gobierno de Cataluña acordó instar al fiscal general del Estado que interpusiera recurso de revisión contra dicha sentencia, solicitando que se declarase su nulidad de pleno derecho, de conformidad con el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el mismo escrito, solicitaba la declaración de nulidad de la sentencia condenatoria impuesta por el Tribunal de Responsabilidades Políticas. El fundamento de dicho acuerdo fue la Resolución 301/VIII, de 2 de octubre de 2008, del Parlament de Catalunya:

VINDICACIÓ DEL PRESIDENT COMPANYS

El 15 d'octubre de 1940 el president de la Generalitat de Catalunya, Lluís Companys i Jover, va morir afusellat al Castell de Montjuïc, condemnat per un consell de guerra. Un procés que va ésser una farsa, per la violació dels drets fonamentals i de les garanties de tota mena.

La sentència dictada pel consell de guerra que va condemnar a mort el president Companys va ésser radicalment injusta i una prova de la voluntat de venjança del règim franquista contra la persona que va exercir la presidència de la Generalitat, contra el president d'un govern democràticament escollit que es va enfrontar a l'aixecament militar que volia liquidar el règim constitucional de la República.

Lluís Companys va ésser l'únic president escollit democràticament que va executar el feixisme en aquells anys dramàtics. La detenció, l'extradició i la mort de Companys es produïren perquè era el president legítim de la Generalitat i simbolitzava la resistència d'un poble i la voluntat de pervivència nacional i d'autogovern de Catalunya. El president Companys representa la dignitat d'un país que durant el llarg període de la dictadura va patir la persecució de les seves institucions, de la seva llengua i de la seva cultura.

El procés contra el president Companys és un cas emblemàtic de la repressió franquista. Una repressió que van patir milers de persones que van morir davant els escamots d'afusellament, que van patir tortura i maltractaments i que van veure conculcats llurs drets en processos sense legitimitat ni garanties, plens d'irregularitats.

La figura del president Companys i de totes les persones que van patir persecució per raons polítiques o ideològiques per un sistema judicial repressiu i il·legítim, que vulnerava sistemàticament els drets humans, han d'obtenir la plena restitució i la reparació moral, política i jurídica, especialment després del gest de desgreuge a Companys que recentment han tingut els estats francès i alemany, amb motiu d'haver participat en un fet que, a més de vulnerar el dret internacional en matèria d'extradició, va conduir a la condemna a mort.

El Govern i el Parlament, com a institucions de les quals va tenir la màxima representació, han manifestat reiteradament el compromís amb relació al president Lluís Companys.

La vindicació del president Companys és una obligació i una necessitat: seixanta-vuit anys després d'haver estat deportat i afusellat, el poble català manté el record pel seu insigne president.

El Parlament de Catalunya, en conseqüència, insta el Govern a:

a) Fer tot el que sigui jurídicament i políticament necessari per a aconseguir que l'honor del president Companys sigui reparat.

b) Dur a terme totes les actuacions jurídiques i polítiques pertinents per a anul·lar un judici que mai no s'hauria d'haver fet, tenint en compte la condició d'il·legitimitat dels tribunals franquistes, continguda en la llei estatal de la memòria històrica.

El fiscal general del Estado rechazó acordar la interposición de dicho recurso, atribuyéndose unas competencias de las que carecía y con argumentos manifiestamente erróneos. Este fue su acuerdo de 5 de abril de 2010: «Reconocer que las sentencias dictadas por el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Barcelona en fecha 13 de diciembre de 1939 y por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en fecha 14 de octubre de 1940 relativas al presidente de la Generalitat de Cataluña D. Lluís Companys i Jover son inexistentes y nulas de pleno derecho sin que subsista actualmente apariencia alguna de legalidad o validez de las mismas, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico, por lo que resulta legalmente improcedente, por falta de objeto, la interposición del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo». Las razones fueron y continúan siendo insostenibles y contradictorias con los deberes que las leyes le imponían.

El fiscal general del Estado, mediante el anterior Decreto, más allá de la literalidad de sus palabras, se alineó con la posición conservadora de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, y mantuvo la plena validez de las sentencias condenatorias del *president* Companys, en especial la del consejo de guerra. Esta es la principal conclusión de dicho Decreto. Por tanto, a través de artificiosos y forzados argumentos de las leyes que aplica, podemos concluir que, frente a la actitud más abierta y crítica mantenida por los votos particulares examinados, el fiscal general del Estado se ha situado en las tesis más involucionistas impidiendo, como era de esperar, la ruptura total y completa con el sistema judicial franquista.

Para ello, fija ya la línea interpretativa que va a asumir, un año después, la Sala de lo Militar ante la pretensión de revisar la sentencia que condenó al poeta Miguel Hernández. Su conclusión fue que no cabía plantear el recurso de revisión porque las sentencias, según su criterio, eran

«inexistentes y nulas de pleno derecho». Y lo hizo atribuyéndose una facultad legal de la que carece, lo que es una expresión de arbitrariedad en la aplicación de la ley. La declaración de «nulidad de pleno derecho» de una sentencia judicial es competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo. Y la conclusión a la que llega lo hace a través de una interpretación tergiversada y errónea de las leyes, hasta el punto de crear conceptos jurídicos que carecen de toda base legal. En consecuencia, no pueden fundamentar ninguna decisión o acuerdo de una autoridad judicial o fiscal que, por esta sola razón, sería irrelevante y hasta ilícita.

Así ocurre con la denominación de las citadas sentencias como «inexistentes», calificación completamente arbitraria que no está reconocida en ningún texto legal. Es un mero pretexto formal para eludir pronunciarse sobre lo que se le ha solicitado, iniciar el recurso de revisión.

Pero es el conjunto del razonamiento del fiscal general del Estado el que no resiste un análisis riguroso. Es un ejemplo de mixtificación en la interpretación de las leyes para llegar a la conclusión predeterminada que pretendía.

Y así resulta de sus propios razonamientos que contradicen sus conclusiones. En esta dirección, dice de dicho recurso que es «un mecanismo absolutamente extraordinario previsto por el legislador para anular resoluciones que —por ser legítimas y vigentes— solo pueden desaparecer de la vida jurídica mediante una sentencia del Tribunal Supremo que las deje sin efecto». Y cita, como fundamento de su afirmación, varias sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como la de 29 de abril de 2004, que atribuyen al recurso de revisión la condición de un «remedio excepcional» para que «prevalezca la justicia material sobre la formal» o para revocar sentencias que han implicado «la inculpabilidad de personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error». O, como también invoca, la persistencia de una «línea jurisprudencial que atiende especialmente a la entidad de los derechos afectados desde la perspectiva de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico». Argumentos que, en justicia, solo podía y

debían haber conducido a la anulación judicial de las sentencias impugnadas.

Pero, desde estos presupuestos y mediante una interpretación totalmente falseada de la Ley 52/2007, llega a conclusiones no solo erróneas, sino lesivas a los derechos de quienes interesaron al fiscal general del Estado que interpusiera dicho recurso. Sus fundamentos son los que siguen: entiende que el recurso no es procedente porque «esta actuación no tendrá trascendencia jurídica alguna porque el efecto que se pretende que no es otro que la "desaparición" jurídica de dichas resoluciones por su naturaleza intrínsicamente injusta, se ha producido *ope legis*,[85] al ser consideradas por expresa disposición legal injustas e ilegítimas por vicios esenciales de fondo y forma». De aquí deduce que no puede plantearse el recurso para la anulación de las sentencias porque, a su juicio, falta un presupuesto esencial, «la existencia de sentencia judicial firme y plenamente vigente».

Razonamiento, si es que puede calificarse así, que parte de dos errores esenciales. Primero, aplicar a las sentencias una calificación o requisito que no está presente en nuestro ordenamiento, el de sentencia «desaparecida» o «inexistente».

Y, en segundo lugar, en un ejercicio de equilibrismo jurídico, crear una nueva categoría de sentencias, las «vigentes». Cuando es evidente desde cualquier punto de vista que las sentencias o son válidas o son nulas, en función de si concurren o no en ellas los requisitos exigidos por los artículos 238 y 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todo lo demás, cualesquiera que sean las declaraciones contenidas en la Ley 52/2007 y por muy importantes que fuesen, es puro artificio y mentira. Y, manteniéndose en esta deliberadamente confusa vía interpretativa, llega aún más lejos. Y sostiene que el recurso de revisión «deviene innecesario porque el objetivo que se pretende a través del mismo, que no es otro que rescisión de las resoluciones dictadas [...] se ha obtenido directamente por aplicación automática de la Ley». ¿Desde cuándo las sentencias, como si fueran contratos, se rescinden? Y, concluye, en un ejercicio abusivo de poder, atribuyéndose la facultad propia del Tribunal Supremo: «el reconocimiento

de esa nulidad de pleno derecho no exige de una resolución judicial al respecto».

Y, finalmente, un grave y definitivo reproche, en ningún momento admite y reconoce que en el proceso al *president* Companys, este padeció, como consecuencia de los vicios del proceso y de la sentencia, una «efectiva indefensión»,[86] que es la principal causa de la nulidad de un acto judicial.

En consecuencia, seguirá siendo plenamente válida la sentencia del consejo de guerra que condenó a muerte al *president* de la Generalitat de Cataluña por el delito de rebelión militar. La autoridad, en este caso el fiscal general del Estado, que debía haberla combatido prefirió eludir su responsabilidad institucional y ha decidido que una persona inocente, el *president* Companys, continúe condenada como culpable. Un gravísimo error jurídico y político.

4

LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN LA TRANSICIÓN: LA BENEVOLENCIA DE LA MAGISTRATURA

Es una realidad indiscutida que el proceso de transición de la dictadura a la democracia en España fue bastante menos pacífico de lo que siempre se ha pretendido presentar. Un periodo muy impreciso que cabe situarlo, aunque también podrían ser otras fechas, entre 1968 y 1978, año de la entrada en vigor de la Constitución. Las características del proceso social, sindical y político no favorecían un clima de entendimiento y concordia, no en vano se salía de un durísimo régimen autoritario, de privación generalizada de derechos y de represión, y el proceso es impulsado por las Cortes franquistas cuando aprueban la Ley de Reforma Política. El primer gobierno de la monarquía «pretendía continuar [el anterior régimen] sobre una base ligeramente modificada por una apertura controlada y muy limitada. [...] Los continuistas pretendieron que el régimen de Franco había conquistado la legitimidad gracias a lo que se denominó franquismo sociológico, la aparición de una nueva clase media y trabajadora que había accedido de forma masiva a los bienes de consumo duraderos. Basados en tal presunción, y disponiendo del control de un amplio aparato del Estado, de una numerosa burocracia y de la fidelidad de las fuerzas armadas y de seguridad, idearon una operación por la que el mismo régimen, concediendo una limitada apertura política, podría mantenerse indefinidamente sobre sus bases tradicionales...».[87]

Con referencia a los hechos de Vitoria de 1976, pero aplicables al conjunto del Estado, hay quien ha dado algunas claves para entender el clima de violencia que vivió España durante esos años. Las crecientes movilizaciones sociales, que planteaban la propia legitimidad del régimen y su supuesta apertura, encontraron una contundente respuesta represiva que originó daños irreparables a centenares de personas. Así se analizaba con notable acierto: «Los métodos utilizados para tal fin, demostraron la pervivencia de individuos y métodos propios de sistemas dictatoriales. A la falta de previsión —demostrada por insuficiencia de policías que pudieran controlar a una masa de miles de personas— se unía el profundo desprecio

por la vida de quienes trataban de ejercer el derecho fundamental de reunión. No importaban ni las libertades ni los derechos humanos; únicamente acabar con el movimiento. Desbordados por las circunstancias o tratando de dar una lección a todo el que se planteara su intervención en actos reivindicativos en contra del Gobierno, lo cierto es que, las armas de fuego fueron utilizadas criminalmente contra la población...».[88] En Vitoria y en toda España. De ahí, el desarrollo progresivo de una respuesta represiva cada vez más violenta protagonizada por la policía franquista con el apoyo y complicidad de grupos armados de extrema derecha. Para garantizar la eficacia de esta respuesta hacían falta dos requisitos: «El nulo valor de la legalidad y la ausencia de control», es decir, «la impunidad policial que era uno de las piezas irrenunciables en los pactos de la transición».[89] Y en ese gran pacto, contar con un poder judicial complaciente con cierto grado de violencia del aparato represor franquista, era esencial. En este contexto, tiene lugar la represión con los resultados más graves que luego veremos, más otros como la tortura, las sanciones administrativas por el mero ejercicio de derechos democráticos, los controles policiales ilegales, etc. En definitiva: «La represión indiscriminada en movilizaciones y la violencia selectiva aplicada por grupos de *incontrolados* y *tramas negras* sirvieron a la derecha posfranquista como contrapeso para controlar el proceso político mientras se desmontaba el aparato del Estado franquista y se "adaptaba" al nuevo régimen a los funcionarios armados (policía, guardia civil y militares) más implicados ideológicamente con el franquismo y más reacios al cambio "entre los que se contabilizaban no pocos verdugos, victimarios y cómplices de la involución"».[90]

El conocimiento, siquiera parcial, de dicha violencia exige el análisis de las primeras memorias del fiscal general del Estado de la democracia, pese a que solo contienen datos parciales.

En la Memoria de 1977 (sobre el año 1976), se hacen constar dos datos significativos. En un cuadro estadístico que se denomina «Resumen general de la criminalidad aparente» figuran relacionados los «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo» con un total de 477, lo que representaba una cifra altísima, pues entre dichos delitos, que no se precisan, debían estar incluidos los cometidos contra los ciudadanos en el ejercicio de derechos fundamentales. Expresión, pues, de una evidente reacción represiva del Estado, ante un incremento de la movilización popular.

Más expresiva es la exposición sobre lo que llama «Balance trágico en cuanto al resultado de las alteraciones de orden público». Dice así: «Concretamente en el número de víctimas: muertos y heridos, no solo de las Fuerzas encargadas de mantener el orden público, sino también de personas civiles. En lugar de relacionar por meses y días las víctimas y los heridos, consignamos a continuación un cuadro estadístico, que nos permitirá conocer la escalada de la actividad atentatoria contra la seguridad, la paz interior y el orden, cuadro comparativo con años anteriores».

Víctimas con resultado de muerte producidas en alteraciones de orden público.

Años	Agentes del orden público	Civiles	Total
1974	8	13	21
1975	20	5	25
1976	17	61	78

Como es de observar, en el año 1975 el número de muertes, con respecto al año anterior, aumentó en cuatro, sin embargo, en 1976 las víctimas fueron 53 más que en el año 1975.

El resultado de dichos datos, que no están debidamente explicitados en cuanto a las circunstancias concurrentes en dichas muertes, es en todo caso muy expresivo de la creciente violencia, sobre todo respecto a los fallecimientos de civiles, la mayoría consecuencia de acciones represivas policiales, que durante esos tres años se elevó a 79 personas. Los heridos en ese mismo periodo, tanto de agentes de policía como civiles, alcanzaron la alarmante cifra de 614.

En la Memoria de 1978 (respecto a 1977), se contienen datos más precisos, aunque insuficientes, pero es la primera y única vez que el fiscal general del Estado relaciona víctimas de la represión policial —además de otras causas— donde se especificaba la identidad de los fallecidos, fecha y lugar de los hechos, las circunstancias concurrentes y, en ocasiones, la causa de la muerte. Era una constatación de la gravedad de la situación y de la necesidad de denunciarla públicamente ante el Gobierno, que era el destinatario de dicha memoria. En cualquier caso, era arbitrario atribuir de forma casi generalizada las muertes por razones políticas a supuestos «enfrentamientos con la policía», cuando en muchas ocasiones no solo no los había habido sino que eran deliberadas agresiones ante ciudadanos que se reunían o manifestaban pacíficamente.

Y lo hacía después de describir un marco socio-político que, ciertamente, expresaba una situación excepcional, posiblemente el periodo más delicado de la transición. Con el título «Otras acciones» relacionaba los siguientes datos:

Después de relacionar las víctimas de ETA, GRAPO y MPAIAC, se refieren las

Personas muertas por enfrentamientos con las Fuerzas de Orden Público y otras causas políticas	15
Manifestaciones públicas	1.028
Manifestaciones con intervención de las Fuerzas de Orden Público	788
Concentraciones	1.035
Encierros	430
Asambleas	498
Detenidos	4.394

Ofensas a la bandera nacional	79
Exhibición de banderas republicanas	258
Sucesos en cárceles	273
Ocupación de locales oficiales	44

Si algún dato de los expuestos cabe resaltar es que, tras la muerte del dictador, la supresión del Tribunal de Orden Público y la celebración ese año de las primeras elecciones democráticas, las detenciones por razones políticas y por tanto el mantenimiento de una durísima política represiva era evidente: nada menos que 4.394 detenidos, detenciones de las que con toda probabilidad no se conocen con exactitud los motivos de la detención y si a ella siguió o no sanción gubernativa, un proceso penal y por qué delito.

A continuación, se relacionaban las quince «Personas muertas por enfrentamientos con las Fuerzas de Orden Público y otras circunstancias políticas»:

24 de enero: doña María Luz Nájera Julián, estudiante, fallecida como consecuencia de las heridas que le produjo una bomba de humo lanzada por las Fuerzas de Orden Público para disolver una manifestación en la Gran Vía, de Madrid.

18 de febrero: Jesús Lista Neira, electrocutado cuando colocaba una pancarta en la Universidad Laboral de La Coruña.

8 de marzo: Nicolás Mendizábal Barandiarán y Sebastián Goicoechea Mariezcurrena, miembros de ETA, muertos por los disparos efectuados en un control de la Guardia Civil al repeler la agresión con armas de fuego que estos hicieron.

13 de marzo: José Luis Aristizábal Lasa, muerto en San Sebastián con motivo de un enfrentamiento con las Fuerzas de Orden Público al recibir un disparo de pelota de goma; Isidro Suspérregui Altaco, muerto como consecuencia de un impacto de bala de goma con motivo de una manifestación en San Sebastián.

9 de mayo: Ramiro Figueroa Ruiz, falangista, asesinado de una puñalada por un miembro del PCE (Vidal Justo Bello) en la localidad de Valdemoro (Madrid).

12 de mayo: Rafael Gómez Jáuregui, como consecuencia de herida de bala en enfrentamiento con la Guardia Civil en Rentería.

13 de mayo: José Luis Cano Pérez, muerto en enfrentamiento con las Fuerzas de Orden Público al disolver estas una manifestación en Pamplona; Manuel Fuentes Mesa, muerto en enfrentamiento con las Fuerzas de Orden Público en la localidad de Ortuella (Vizcaya).

24 de mayo: Gregorio Marichalar Ayestarán, muerto en Rentería como consecuencia de impacto de bala cuando se encontraba en el balcón de su domicilio presenciando una manifestación pro-amnistía.

11 de septiembre: Carlos Gustavo Frecher, por impacto de bala de goma cuando se encontraba en la calle de Pelayo, de Barcelona, durante la celebración de la «Diada».

16 de octubre: Miguel Grau Gómez, como consecuencia de heridas inferidas por Ángel Panadero Sandoval cuando colocaba propaganda de la «Diada» en Alicante.

4 de diciembre: Manuel José García Caparrós, por herida de bala en manifestación violenta durante la celebración del «Día de Andalucía».

12 de diciembre: Javier Ricardo Fernández Quesada, por disparos de la Guardia Civil en manifestación violenta en Tenerife al ser acorralada la Fuerza Pública por varios grupos.

En la Memoria de 1980 (sobre 1979), la última que proporciona datos sobre estos hechos, estos son ya más limitados. Después de referirse a los atentados terroristas de ETA y GRAPO, añade:

Personas muertas en actos terroristas ejecutados por grupos de ultraderecha: 5. Dos de ellos estudiantes, al ser brutalmente atacados en la Universidad.

Personas muertas con ocasión de disturbios en la vía pública: 6.

Miembros del Frente de Liberación Catalán muertos: 2.

Incomprensiblemente, a partir de esta memoria no consta más información sobre ese aspecto tan relevante de la transición cuando, como veremos, en ese año, 1979, y siguientes continuaron produciéndose asesinatos de civiles por la policía y los grupos de extrema derecha. Como tampoco contienen referencia alguna a los juicios orales y sentencias dictadas en procesos muy significativos, datos que hubiesen sido de una extraordinaria relevancia para conocer oficialmente el sentido de la respuesta judicial ante lo que eran actuaciones represoras y delictivas de la policía y la extrema derecha.

La razón de haber abordado esta dimensión tan trascendente de la transición se encuentra en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de la Memoria Histórica. Dicho precepto sugiere tácitamente la incuestionable realidad de dicha violencia cuando dispone lo siguiente: «Reconocimiento en favor de personas fallecidas en defensa de la democracia durante el periodo comprendido entre 1 de enero de 1968 y 6 de octubre de 1977. 1. En atención a las circunstancias excepcionales que concurrieron en su muerte, se reconoce el derecho a una indemnización, por una cuantía de 135.000 euros, a los beneficiarios de quienes fallecieron durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 6 de octubre de 1977, en defensa y reivindicación de las libertades y derechos democráticos». Ley que también reconoce dicha indemnización a quienes se hubiera causado, en ese periodo y por las mismas razones, «lesiones incapacitantes». Con una notable tardanza, el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 1803/2008, de 3 de noviembre, en desarrollo de dicha norma legal, que precisa que los beneficiarios de dicha prestación serán aquellos en que «el hecho causante del fallecimiento o de las lesiones tenga una relación directa con actos, reuniones, manifestaciones o acontecimientos en los que la persona fallecida o lesionada hubiera participado en defensa o reivindicación de algunos de los derechos o libertades fundamentales que se contienen en la sección 1.ª del capítulo II del Título Primero de la Constitución Española». Con una exclusión que, a nuestro juicio, no se ajusta a la legalidad en cuanto no estaba contemplada en la norma de rango legal superior como es la ley: que no podrán ser beneficiarios de tal indemnización «quienes hayan pertenecido o pertenezcan a bandas o grupos armados».

El reconocimiento de estos derechos económicos, aunque la ley no lo motive ni lo exprese, es realmente la reparación a las víctimas de los asesinatos cometidos durante aquel periodo por la policía y la extrema derecha durante el curso de aquellos «actos, reuniones, manifestaciones o acontecimientos» a que se refiere el reglamento, reivindicativos de las

libertades, delitos por los que, con algunas excepciones, no fueron juzgados y, por tanto, los tribunales no pudieron condenar ni establecer las correspondientes indemnizaciones en concepto de responsabilidad civil. Para otorgar estas prestaciones se constituyó una Comisión de evaluación, que ha hecho una aplicación muy restrictiva de las disposiciones anteriores. Según los datos de que se disponía antes de que el gobierno del Partido Popular suprimiera la Oficina para las víctimas de la guerra civil y la dictadura, se habían formulado 189 solicitudes de la prestación legal y solo se habían concedido en 49 casos, cifra escandalosamente baja habida cuenta de los centenares de personas que perdieron la vida o sufrieron gravísimas lesiones a manos de la represión franquista y posfranquista.

Pero, además, ha habido otro motivo para plantear, al menos, el reconocimiento y reparación de las víctimas mencionadas en la llamada Ley de la Memoria Histórica. Lo ha sido durante la tramitación parlamentaria de la ya vigente Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo.

Varios grupos parlamentarios presentaron enmiendas encaminadas a incluir en dicha ley a las víctimas ya referidas del franquismo, máxime cuando el plazo establecido en dicha ley para reconocer derechos y prestaciones era a partir del 1 de enero de 1960. Se pretendía que «los valores de memoria, dignidad, justicia y verdad», que según el artículo 2 de la ley la inspiraban, permitieran también la inclusión en dicha ley de víctimas, las del franquismo, que tan maltratadas lo han sido desde la instauración de la democracia o, como dijo Reyes Mate, tan «insignificantes e invisibles».[91] Pero no fue posible, como consecuencia de la cerrada oposición de PSOE y PP, que no estuvieron en ningún momento dispuestos a ir más allá de los términos iniciales de la ley. Consideran solo como beneficiarias de la misma a quienes fueran víctimas de «organizaciones o grupos criminales que tengan como finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública». Resulta evidente que una parte significativa de las víctimas del franquismo fueron víctimas de aquellas «organizaciones o grupos criminales».

Ante la nueva cerrazón de los partidos mayoritarios para, al menos, reparar y dignificar las víctimas de la dictadura y sus aliados extremistas, Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds (ICV) y otros grupos parlamentarios plantearon enmiendas encaminadas a corregir otro error histórico. La de Iniciativa per Catalunya-Verds estuvo fundamentada así:

> La correcta consideración como víctimas de las personas afectadas por acciones armadas terroristas ha de llevar a la misma consideración de quienes «padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa» durante el franquismo, siendo evidente que el trato y el reconocimiento como víctimas no fue hecho por la Ley 52/2007 de la Memoria Histórica.
>
> Esta diferencia de trato carece de justificación, máxime si consideramos que las víctimas del franquismo, además de otras limitaciones, han carecido del derecho a que quienes ejercieron la violencia contra ellos fueran llevados a juicio.
>
> Por ello esta enmienda, así como las que se desarrollan en el articulado, pretende evitar el trato desigual a unas y otras víctimas, en función de si el autor de las agresiones ha sido una organización terrorista, un Estado ilegítimo o grupos organizados de la extrema derecha.
>
> Elementos como la retroactividad de la aplicación de la ley a efectos de prestaciones a las víctimas o la cuantía de las mismas deben tener, al menos, un mismo trato, evitando así esa consideración desigual entre víctimas y, por lo tanto, las inevitables comparaciones y descalificaciones que en esta materia debemos evitar, por el exquisito cuidado y respeto que se merecen dichas víctimas.
>
> Por ello, la inclusión de la consideración como víctimas de las personas afectadas por la Ley 52/2007 de 26 de diciembre de la Memoria Histórica facilita la equiparación entre víctimas, al menos en una parte del reconocimiento de prestaciones, aun cuando la insuficiencia de aquella Ley 52/2007 no pueda ser paliada en su totalidad en este trámite parlamentario.
>
> Otro planteamiento se apartaría notoriamente de la pretensión de la Ley de «evitar equidistancias morales o políticas» y traicionaría el propio espíritu que inspira la Ley.
>
> Porque las actuaciones armadas de represión de personas que ejercían derechos humanos básicos pretendían, como se dice en el texto, «imponer un proyecto totalitario y excluyente» o expresaba el «uso de la violencia para imponer ideas políticas» y sus víctimas «simbolizaban», igual que las de ahora, la «defensa de la libertad y del Estado de Derecho».
>
> Por otra parte, qué duda cabe que las descritas acciones de las fuerzas de orden público durante la dictadura atentaban contra derechos democráticos y, consecuentemente, contra la paz pública y seguridad ciudadana. Dichas acciones «golpeaban» a los «derechos democráticos» como luego, restaurada la democracia, el terrorismo golpea a las «sociedades democráticas», con las mismas consecuencias de violación de derechos humanos y «cosificación de las personas».
>
> [...]
>
> La actual identificación de las acciones terroristas con los grupos armados que han llevado a cabo atentados violentos con posterioridad a la aprobación de la Constitución Española, no debe hacer olvidar ni fundamentar ningún trato desigual hacia aquellas víctimas de quienes igualmente pretendían imponer un proyecto totalitario, mediante la eliminación física de personas que defendían la aplicación de los derechos y libertades ciudadanas en nuestro país.
>
> Muchas han sido las personas fallecidas a manos de grupos de la ultraderecha hasta la publicación de la Constitución Española y, en su consideración de víctimas de actos terroristas,

han de quedar claramente integrados en la definición desarrollada en el artículo 3 de la ley. Por ello, para evitar dudas interpretativas o de aplicación posterior, la presente enmienda tiene la virtualidad de aclarar la voluntad del legislador.

En el mismo sentido se pronunciaron Nafarroa Bai y el Grupo Parlamentario Vasco. La diputada Uxue Barkos lo expuso así: «Será aplicable esta ley también, a todas las víctimas de la violencia utilizada con fines o por impulso o motivación política, es decir, será aplicable a todas las víctimas de ETA, GRAPO, FRAP, GAL, BVE, otras organizaciones violentas de cualquier índole ideológica, aparatos parapoliciales, guerra sucia y errores o daños originados por excesos de los aparatos del Estado, etc., así como a las víctimas que lo fueron durante el régimen franquista por su lucha a favor de la recuperación de las libertades, de forma coherente con lo previsto en la Ley de la Memoria Histórica.»

Y el PNV lo hizo de la siguiente forma: «Será aplicable igualmente [la presente ley] a las víctimas de los actos dirigidos a alcanzar los fines señalados en el párrafo precedente, aun cuando sus responsables no estén formalmente integrados en bandas o grupos terroristas, o bien cuando dichos responsables formaran parte de los *poderes* u organismos del Estado o de sus Fuerzas de Seguridad en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1960 y 6 de octubre de 1977. Propuesta fundada en la siguiente “Justificación”: Necesidad de hacer una referencia a la época predemocrática, ya que el artículo 7° de esta proposición refleja el inicio de la aplicabilidad de esta norma el 1 de enero de 1960. Es necesario expresar que en esa época el propio Estado cometió excesos y actuaciones equivalentes a las condenadas en esta Ley. Tan rechazable es intentar subvertir el orden constitucional democrático por medio de la violencia como impedir su advenimiento violentamente. En ese sentido, la Ley debe contribuir también al reconocimiento de quienes sufrieron en defensa de la democracia».

Se pretendía evitar, con estas enmiendas, un trato injustificadamente diferenciado y, por lo tanto, discriminatorio entre unas víctimas y otras.

Porque no es aceptable que para las personas fallecidas en defensa de la democracia o los derechos civiles durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1968 y 31 de diciembre de 1977 se fije una indemnización de casi la mitad que la reconocida a las víctimas de acciones de organizaciones terroristas (135.000 euros en el primer caso y 250.000 euros en el segundo caso, más la indemnización por responsabilidad civil). El mantenimiento del trato desigual entre víctimas consolida un doble agravio a quienes, reconocidas como tales en la Ley de la Memoria Histórica, se les ha privado también del derecho al enjuiciamiento de los responsables de los fallecimientos y daños personales, eliminando así la responsabilidad civil que, en su caso, podría haberse fijado en sentencia. Y, por último, carece de justificación el diferente trato temporal entre unas y otras víctimas, toda vez que a las víctimas de la dictadura únicamente se les reconocen indemnizaciones por fallecimiento, otorgadas como hemos visto de forma muy limitada, a partir del 1 de enero de 1968, mientras que las víctimas del terrorismo, entendido según los términos de la ley, el plazo para ser consideradas como tales e indemnizadas se inicia el 1 de enero de 1960.

En el Anexo 4 damos una relación nominal de las víctimas mortales causadas por personas o grupos ultraderechistas y por la actuación policial, según los criterios ya expuestos.

UNA ANTOLOGÍA DE RESOLUCIONES DE TRIBUNALES Y DEL TRIBUNAL SUPREMO CONDESCENDIENTES CON LA VIOLENCIA FRANQUISTA Y FASCISTA[92]

«A Enrique Ruano lo han asesinado»[93]

La muerte del estudiante Enrique Ruano conmovió la vida universitaria y expresó que aún era posible una plena impunidad por la estrecha coordinación de la prensa, la judicatura y la policía. Porque ante una muerte en tan extrañas circunstancias, todavía era posible la ocultación y destrucción de pruebas ante un posible asesinato con la complicidad de la magistratura. Una muestra más de la impunidad del franquismo.

Pero el empeño de la familia, con el asesoramiento del letrado José Manuel Gómez Benítez, consiguió lo que parecía imposible, que la justicia reabriera el procedimiento cuando ya estaba próxima la prescripción del delito de asesinato por el que se instó la reapertura del Sumario 6/1969 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Madrid. Y, finalmente, el juicio oral se celebró y se dictó sentencia el 19 de julio de 1996, veintisiete años después de aquella muerte tan alevosa.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid absuelve a los tres policías acusados de dicho delito, dando por válidas las diligencias practicadas por la Brigada Social, responsables directos de aquella muerte. Pero una magistrada formuló voto particular para discrepar en la narración de los hechos probados y los razonamientos compartiendo finalmente el fallo.

Los hechos probados no pudieron ser más concisos: «Sobre las 13 horas del día 20 de enero de 1969, los procesados [eran tres] mayores de edad, sin antecedentes penales e Inspectores del Cuerpo de Policía, adscritos a la Brigada de Investigación Social y con el objeto de obtener documentación y propaganda sobre un Partido Político condujeron al detenido D. Enrique Ruano Casanova, mayor de edad y estudiante de derecho, al domicilio sito en el n.º 60-7º C de la calle General Mola, hoy Príncipe de Vergara, de Madrid para la práctica del Registro y en el curso del mismo y cuando había

transcurrido una hora D. Enrique Ruano Casanova cayó por la barandilla del patio interior, por el hueco de 28 metros de altura hasta golpearse con el suelo. Lo que le produjo un traumatismo generalizado que determinó su muerte. Tuvo una lesión no compatible con la precipitación. Y no ha quedado acreditado que hubiera sido alcanzado por un proyectil disparado contra él por un arma de fuego que le causara la muerte».

El voto particular, de gran extensión, plantea la hipótesis que siempre estuvo presente, la de un posible asesinato, pero el transcurso del tiempo siempre favorece a los presuntos culpables. En uno de sus fragmentos, el fundamento sexto, dice: «Los razonamientos que expongo en el presente voto particular considero que tienen trascendencia tanto general cuando existe una ausencia de prueba científica absoluta, no porque no exista posibilidad objetiva de tal demostración sino porque tales posibilidades han desaparecido de forma inexplicable, y también consecuencias en el caso concreto, puesto que el curso del procedimiento instructorio no estuvo presidido por el principio de igualdad de las partes y una posible prescripción podría afectar a la responsabilidad civil derivada de estos hechos por un funcionamiento anormal de la administración, si en su caso los perjudicados iniciaran un procedimiento de esta índole. En méritos de lo expuesto estimo que los hechos son constitutivos de asesinato pero que procede absolver a los procesados por no estar demostrado cuál de ellos fue el autor del disparo y sin que pueda apreciarse que todos tuvieron el dominio del hecho». Este voto representó, por más minoritario que fuese, una satisfacción a unas mínimas exigencias de justicia en este caso.

Los tres acusados fueron felicitados por los servicios prestados en febrero de dicho año y entre los tres recibieron veintiséis condecoraciones y felicitaciones.[94] Debe reconocerse que ha sido el único caso en que se ha juzgado a los presuntos responsables de crímenes franquistas antes y, sobre todo, después de la Ley de Amnistía, sin que esta lo impidiera.

El asesinato de Arturo Ruiz

En la sentencia de 31 de octubre de 1978 de la Audiencia Nacional, por el asesinato de Arturo Ruiz, se afirma del acusado Jorge Cesarsky Goldenstein que era «activo y entusiasta partidario del movimiento justicialista [peronista] de su país, ferviente simpatizante en España de la situación imperante hasta la Ley de Reforma Política y declarado adversario de quienes, en reuniones o manifestaciones toleradas o prohibidas, proclamaban idearios contrarios a los suyos». Estudios sobre este proceso, como el del profesor Sánchez Soler, sostienen que Cesarsky «estaba vinculado a Fuerza Nueva —organización que llegó a brindarle un homenaje personal— y colaboraba con los servicios policiales de información organizados por el coronel Eduardo Blanco».[95]

Es importante el relato de los hechos para comprender mejor el alcance de la solución que finalmente adoptó el Tribunal Supremo:

> A) Una mujer joven —María Sagrario Rodrigo— situada a la altura de Arturo Ruiz en la embocadura de la calle de la Estrella con la plazuela citada, advirtió el porte y actitud hostil de Cesarsky y de alguno más que se hallaba junto a él y lo señaló a los demás manifestantes diciendo en alta voz que eran policías, a lo que respondió un hombre joven —que podría ser el procesado rebelde, que era Guerrillero de Cristo Rey—, a la vez que avanzaba hacia María Sagrario en actitud amenazante con una manopla de hierro, provocando así un comienzo de retirada del grupo, a excepción de Arturo Ruiz que provisto de una piedra en cada mano se aprestó a enfrentarse con el de la manopla;
>
> B) Entonces, Cesarsky sacó el arma y la disparó al aire sin consecuencias dañosas, causando dicho disparo temor a los manifestantes que allí estaban, que emprendieron la huida por la calle de la Estrella a la que intentaron incorporarse algo rezagados, María Sagrario y Arturo, y, sin interrupción, quien se había presentado a sí mismo como guerrillero retrocedió unos pasos hacia Cesarsky, le pidió la pistola y sin esperar a que se la diera, con movimiento rápido y brusco, se la arrebató tras brevísimo forcejeo, y, volviendo sobre sus pasos, apuntó hacia los que corrían y disparó dos veces alcanzando a Arturo Ruiz con el segundo disparo que penetró por la espalda y le interesó órganos vitales produciéndole la muerte casi instantánea.

El tribunal condenó al único acusado, el ya citado, de un delito de terrorismo (artículo 261 en relación con el número tercero del artículo 260 del Código Penal, entonces vigente) y de otro de tenencia ilícita de armas. La condena por terrorismo se fundamentó en «la utilización de armas con propósito de atemorizar a los manifestantes». La pena impuesta fue de

cinco años y seis meses de prisión menor, la única verdaderamente grave a que resultó condenado. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 de junio de 1979, dictada, entre otros, por el magistrado que presidió el TOP, Hijas Palacios, y por los ya conocidos por su afinidad al franquismo Vivas Marzal y Adolfo de Miguel, lo absolvió del delito de terrorismo por entender que «dudosamente el procesado trataba de atemorizar al grupo de manifestantes que se introdujo en la plazuela de autos, finalidad terrorista, coercitiva o de imposición de creencias o de ideología sino, que antes bien, se infiere, del texto de dicha narración, que disparó al aire su pistola con propósito preventivo y disuasorio de una agresión o de un enfrentamiento que, al creerles policías (a él y a otros de los que allí se hallaban) los manifestantes, se auguraba inminente y de consecuencias imprevisibles; pero es que, además, el uso que hizo del arma que portaba —disparo o disparos al aire— no podía producir, de ordinario y previsiblemente, resultado dañoso alguno». Es decir, que resultaba penalmente irrelevante, en un contexto político convulso y violento como el que entonces vivía España, que una persona como el condenado, «ferviente simpatizante» de la dictadura franquista acudiera armado a una manifestación, disparara su arma y que, minutos después, esa misma arma fuera empleada para asesinar a Arturo Ruiz. No sé si es arriesgado hablar de contemporización de la magistratura con el fascismo. Unos años antes, algunos de dichos magistrados habían sido fieles defensores de la dictadura. El resultado fue que dicho asesinato resultó sancionado penalmente con seis meses de arresto mayor por tenencia ilícita de armas. Un ejemplo más de injusticia.

Los crímenes de Atocha (1977)

Ante estos crímenes tan espantosos, creo que lo primero es resaltar su origen fascista. La sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de febrero de 1980 por la matanza en el despacho de letrados laboralistas de la calle Atocha de Madrid, no tuvo inconveniente alguno en admitirlo.

En ella se constata que, al menos, cuatro de los procesados «eran personas que profesaban una ideología política afín, radicalizada y totalitaria, disconforme con el cambio institucional que se estaba operando en España y querido por la mayoría, en comicios a tal fin celebrados, habiendo militado dichos acusados en partidos políticos legalizados tales como Falange Española de las JONS y Fuerza Nueva; y con base en dicho vínculo de pensamiento que los unía e identificaba, llegaron a constituir en la práctica un grupo activista defensor y propagandista de sus ideales, el que parece actuaba por su propia cuenta e iniciativa, poseyendo todos, abundantes armas que normalmente llevaban consigo, las que a veces intercambiaban entre sí, y habiendo realizado con ellas con cierta periodicidad, ejercicios de adiestramiento y tiro». Era significativo entonces el afán, consecuente de una más que deficiente investigación, de desligar a los culpables de sus organizaciones políticas y que el tribunal continuase refiriéndose a la Falange como «partido político legalizado» omitiendo, porque sin duda era muy relevante para la comprensión y explicación de los hechos, que había sido el partido único de la dictadura con un protagonismo singular en la represión. Decía también:

> 1) Quizá en los hechos de autos, de naturaleza terrorista, como en otros muchos que no lo son, y que diariamente juzgan esta Sala y demás Tribunales de Justicia, puedan realmente existir persona o personas culpables que por falta de pruebas y limitación humana que toda investigación supone, no pueden ser traídas al proceso.
>
> 2) Esto, quizá, suceda en mayor medida cuando se trata de actividades terroristas, en las que realmente existen o pueden existir personas, instituciones, grupos, esferas de poder o de presión, e incluso estados que de forma más o menos encubierta dirijan los hilos y tramas de tales actividades, que es notorio constituyen un mal endémico que asola a muchos países.
>
> 3) Las dificultades reales para desentrañar dichas marañas, sino insuperables, son extraordinariamente arduas y complejas, en las que tiene mucho influjo la apatía ciudadana, y todo ello, pese a los esfuerzos que realizan la mayoría de los países y las instituciones encargadas de su prevención, averiguación, persecución y enjuiciamiento.
>
> 4) Normalmente tales actividades, objetivas y reales, son las que impiden llegar plena y completamente al fondo del problema.

Un análisis que, pese a las contradicciones que luego se examinarán, representa en primer lugar el reconocimiento implícito de la presencia de «esferas de poder» en la actuación de los comandos ultraderechistas y, más

concretamente, en dicha masacre. Y, además, un expreso reconocimiento, inaceptable, de impotencia del aparato policial y judicial para afrontar el reto que significaba para España la presencia, cuando no la plena connivencia, de dichos comandos con la todavía presente Brigada Social, la policía política del franquismo. Era tan evidente la insuficiencia de la investigación practicada que el propio Tribunal Supremo en la sentencia de casación, de 30 de diciembre de 1980, reconoce «la penumbrosa zona fáctica que la narración histórica de la sentencia de instancia no ha podido dilucidar y aclarar».

Dicha sentencia contiene también un apartado específico para describir y justificar el permiso de salida otorgado por el juez instructor, Rafael Gómez Chaparro, al procesado en prisión preventiva Fernando Lerdo de Tejada, por haber participado en la masacre producida en el despacho de Atocha que causó cinco muertos y cuatro heridos graves. El tribunal lo describe así:

> Cuarto: 1) El señor Gómez Chaparro, en proveído de 14 de marzo de 1979, a instancia de la Dirección del Centro Penitenciario de Ciudad Real y con base en el artículo 109, cinco, del Reglamento de los Servicios de Establecimientos Penitenciarios, en la redacción que le dio el Decreto 2273-1977, de 29 de julio, autorizó la concesión de permiso de salida de cinco días, en ocasión de la Semana Santa, al procesado preso Fernando Lerdo de Tejada, lo que hizo el Instructor, tras oír al Ministerio Fiscal, lo cual no era preceptivo (aunque si aconsejable); 2) dicho preso aprovechó tal permiso para huir y eludir la acción de la justicia, lo que ha obligado a declarar su rebeldía en este proceso; 3) al suceder dicha huida, el Sr. Gómez Chaparro, por acuerdo de la Sala de Gobierno de esta Audiencia Nacional, fue sustituido en la función instructora y se incoaron Diligencias Informativas, que elevadas al Tribunal Supremo, la Sala de Gobierno del mismo, constituida en Sala de Justicia, en resolución de 19 de Diciembre de 1979 (folio 322 del rollo) acordó que la competencia para el conocimiento de las posibles faltas cometidas en la instrucción del sumario, conforme a los artículos 731 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 258 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 447 de la de Enjuiciamiento Civil, corresponde a esta Sala de lo Penal, y en caso de recurso de casación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo; 4) la autorización del permiso de salida dada por el Sr. Gómez Chaparro, era requisito legal preciso para su concesión, pero el otorgante del mismo correspondía a la Administración Penitenciaria, que lo concedió y la cual podía haberlo denegado, toda vez que la autorización judicial era solo un presupuesto previo necesario, mas no vinculante para la decisión, que únicamente competía a la Administración; 5) el proveído judicial se dictó en base a los buenos informes de comportamiento penitenciario, que suministró la Dirección del establecimiento en donde estaba preso; 6) en sectores jurídicos y sociales mayoritarios fue calurosamente acogida la introducción legal de concesión de permisos temporales de salida a presos y penados que observasen buen comportamiento, medida que se

> estimó progresiva y humanitaria; 7) si el procesado Lerdo de Tejada se hubiera reintegrado, como moral y legalmente debió hacer, es casi seguro que nadie hubiera reprochado su conducta al Sr. Gómez Chaparro, antes al contrario, probablemente hubiera sido aireada y ensalzada; 8) desdichadamente la realidad posterior vino a demostrar que el Sr. Gómez Chaparro había incurrido en error de juicio respecto a la fiabilidad que ofrecía el procesado Lerdo de Tejada, mientras que sin embargo acertó al fiar del procesado Albadalejo, al que también se le concedió permiso y se reintegró a la prisión.
>
> Quinto: Por todo lo razonado y expuesto esta Sala no encuentra motivos morales ni legales bastantes dentro del cauce del presente proceso para acordar ningún pronunciamiento disciplinario, ni de otra índole, contra el Iltmo. Sr. Don Rafael Gómez Chaparro, lo cual no implica que la misma comparta ni se identifique en cuanto «al modo y forma» en que se ha dirigido y orientado la instrucción sumarial, función que solo a él incumbía y para realizar la cual, como todo órgano del Poder Judicial, gozaba de total y absoluta independencia funcional, principio básico de nuestro ordenamiento constitucional y de los que le precedieron que todos estamos obligados a acatar y defender.

El apartado anterior contiene el razonamiento del tribunal y dos pronunciamientos derivados de los hechos que describe. El primer hecho es el otorgamiento de un permiso de salida a dicho procesado y su posterior huida sustrayéndose así a la acción de la justicia. El segundo, consiste en el acuerdo del tribunal por el que rechaza adoptar ninguna medida sancionatoria contra dicho juez por la adopción de dicha medida. Ambas decisiones, de las más arbitrarias que ha podido adoptar un tribunal en un proceso penal, eran ofensivas a cualquier principio de justicia y particularmente lesivas para los supervivientes de aquella matanza que se recuperaban difícilmente de las lesiones sufridas. Por otra parte, eran decisiones que reflejaban el grado de tolerancia y objetiva complicidad judicial con la extrema derecha violenta que en ese momento actuaba casi impunemente en España.

La concesión de permiso de salida tuvo su fundamento en el artículo 109 del Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio, por el que se reformaba el Reglamento de Prisiones franquista, regulando los llamados «permisos de salida». Permisos que tenían el carácter de «recompensa» a quienes acreditasen «buena conducta y espíritu de trabajo». Siempre concebidos para los condenados por sentencia firme, es decir, para los penados, ya que dichos permisos eran y siguen siendo un instrumento del tratamiento penitenciario en orden a la rehabilitación social de los favorecidos por los

mismos. Pero, ya entonces, la concesión de los permisos fue excepcional para los presos preventivos, dado el riesgo de fuga que entrañaban y, sobre todo, porque estaban pendientes de la investigación judicial, la determinación definitiva de los hechos y la acreditación de las pruebas. Por todo ello, la concesión del permiso a Lerdo de Tejada «con ocasión de la Semana Santa» era una medida absolutamente inadmisible desde cualquier punto de vista, ya que no concurría en modo alguno ninguna circunstancia grave de orden familiar que hubiera podido justificar excepcionalmente el permiso con las garantías de reintegro adecuadas. Es decir, el tribunal otorgó el permiso en concepto de vacaciones a quien estaba pendiente de responder de cinco asesinatos y cuatro delitos de lesiones graves. Por otra parte, ni el juez instructor ni el centro penitenciario adoptaron las «medidas oportunas» para garantizar «el reintegro a establecimiento el día y hora señalados» del preso, pasividad institucional que facilitó la huida del procesado. Asimismo, es contrario a lo dispuesto legalmente y absolutamente falso que, como pretende el tribunal, «la autorización judicial» no fuera «vinculante para la decisión» sobre el permiso. Dicha autorización era condición necesaria para que el permiso fuera concedido. Desde luego, frente a los pretendidos argumentos del tribunal, la concesión de dicho permiso al procesado Tejada no fue bajo ningún concepto una medida «progresiva y humanitaria». Más bien fue exactamente el favorecimiento de la huida de quien estaba pendiente de responder de gravísimos delitos.

Si grave fue la decisión judicial anterior, tanto o más lo fue que el tribunal estimara que no había «motivos morales ni legales» para proceder contra el juez instructor, revalidando así una decisión que fue absolutamente incompatible con el ejercicio objetivo y neutral de la independencia judicial.

El atentado contra la revista El Papus

El análisis anterior, sobre el activismo delictivo de la extrema derecha durante la transición, fue ampliamente ratificado y superado por el contenido en la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 1983, en relación al atentado contra la revista *El Papus* en Barcelona. Análisis que refleja la pasividad —¿o también las complicidades?— del aparato policial con los movimientos fascistas y la debilidad y, en fin, la incapacidad de la administración de justicia para enfrentarse eficazmente a esa delincuencia terrorista de extrema derecha, todavía con apoyos en ciertas «esferas de poder».

Porque con anterioridad a dicha sentencia, la Audiencia Nacional ya había juzgado y condenado a dos de los que participaron en dicho atentado (Sumario 3/1978, Juzgado Central de Instrucción n.º 2). En efecto, en sentencia de 25 de enero de 1979, se les impuso una condena por el delito de tenencia de explosivos por hechos realizados entre junio y julio y octubre de 1977. De los acusados ya se decía: «Los tres procesados pertenecen a un grupo ideológico adversario de los de inspiración marxista; y para responder con su utilización contra estos a fin de combatir y cohibir en su caso, sus posibles acciones estaban destinados los artefactos explosivos que fueron ocupados». Un lenguaje que todavía parece procedente del franquismo de la primera etapa, en la que todos los opositores al régimen fascista eran calificados como «marxistas».

Según los hechos probados de la sentencia por el atentado a la sede de la referida revista, los procesados Bosch y Blanco eran «miembros de la organización del “Movimiento” denominada “Guardia de Franco”, con otros individuos que no han sido parte en el juicio, bien porque tras ser procesados han fallecido, bien por estar en rebeldía, o bien por no haber sido traídos al mismo, crearon en Barcelona una agrupación que autodenominaron con las siglas J.E.P. (Juventud Española en Pie), organización de ideología extremista “ultraderechista”, cuya finalidad era la de impedir a toda costa, utilizando la violencia contra las personas y cosas, la transformación evolutiva liberalizadora, que en aquellas fechas de transición política se estaba produciendo en el sistema institucional político,

jurídico y social del pueblo español». Con esta finalidad, dichos procesados celebraron una reunión «entre el 21 de Noviembre y el 14 de Diciembre de 1976, y a la que asistieron, además de Bosch y Blanco, otros procesados rebeldes, así como dos activistas de la ultraderecha italiana, huidos de su país», donde se trató «a insinuación de Juan Bosch, de dar un escarmiento al director de la revista *El Papus*, pues, en el número posterior al 20 de Noviembre, había publicado dibujos y textos en los que se ponía en ridículo a la concentración celebrada en Madrid en tal fecha para conmemorar el primer aniversario de la muerte del general Franco, escarmiento que debía consistir en dar muerte a dicho periodista, D. Francisco Javier Echarri Moltó, o bien volar el edificio donde se editaba el periódico». Y seguía: «tal propuesta, aceptada por los asistentes y ya con el beneplácito del lugarteniente de la guardia de Franco de Lérida, determinó se sometiera a vigilancia el domicilio, vida y costumbres, así privadas como profesionales, de dicho Sr. Echarri, misión que entre otros llevaron a cabo los procesados Bosch y Blanco». Con estos antecedentes, relata que «El 20 de septiembre del repetido año [1977], sobre las 11,40 horas, persona o personas desconocidas, ni de las que pueda asegurarse actuaran en nombre o bajo la dirección de la organización clandestina J.E.P., entregaron un maletín con explosivo activado no identificado al conserje del edificio [Juan Peñalver Sandoval] sito en la calle Tallers [a quien] le explotó entre las manos y le produjo la muerte instantánea». La explosión causó lesiones de diversa gravedad a trece personas, una de ellas con «secuelas irrecuperables para el trabajo y declarada inválida permanente definitiva». Pese a la narración anterior, es evidente el propósito homicida que les guiaba, mantenido hasta la colocación del artefacto explosivo, y, por si quedara alguna duda, el tribunal, en el segundo considerando, razona que «algunos de los acusados y concretamente Ángel Blanco y Juan José Bosch entre el 21 de Noviembre y el 14 de Diciembre de 1976, y este último en Agosto de 1977, se concertaron con otras varias personas y resolvieron colocar una carga explosiva en la tan repetida revista editada por AMAIKA, S.A., para destruirla y matar a su director y con la motivación concreta de atentar

contra la persona y el patrimonio de un periodista y de la empresa donde este prestaba sus servicios, dada la línea ideológica que uno y otra venían manteniendo». La sentencia decía lo siguiente en el primer considerando:

> Debe subrayarse que estamos ante un proceso penal en el que tanto durante la investigación policial, como sobre todo en la instrucción sumarial se reflejan numerosas carencias, entre las que sin ánimo de ser exhaustivos, podemos enumerar las siguientes:
>
> a) No haberse recogido o en su caso conservado los restos del artefacto explosivo que sin duda quedaron en el lugar de los hechos (vgr. trozos metálicos de calamina, remaches, parte de una cerradura, de un asa de plástico, vestigios chamuscados de la ropa de la víctima), dato que impidió en su día analizar las características de la sustancia deflagrante empleada e imposibilitó su identificación y comparación con otras de análoga naturaleza ocupadas a los acusados;
>
> b) no haberse apurado la investigación para detectar la filiación de dos súbditos italianos que, con notorias connotaciones ideológicas e incluso laborales con algunos de los acusados, huyeron de España inmediatamente después del suceso;
>
> c) la puesta en libertad de uno de los procesados que se había autoinculpado de la colocación del artefacto explosivo en dos ocasiones a presencia judicial y que, aprovechando aquella benévola medida, desapareció y permanece en rebeldía;
>
> d) la fuga de otro de los acusados, precisamente quien más luz arrojó en el periodo sumarial en orden a la investigación de los hechos;
>
> e) no iniciarse, o en otros casos no terminar, la actividad sumarial ni la acusación pública respecto a numerosas personas integradas o relacionadas con el grupo organizado en el que estaban insertos la mayoría de los procesados y que hubieran podido coadyuvar al esclarecimiento de los hechos;
>
> f) no haberse investigado otras conductas de los procesados que *prima facie* también revelan apariencia de delito y de las que no consta hayan sido objeto de acusación ni tema de otras diligencias y
>
> g) la excesiva demora en el ritmo de la instrucción del sumario, que duró más de cuatro años; circunstancias todas que han determinado que este tribunal no pueda formar una sólida convicción respecto a que alguno o todos de los acusados por el hecho núcleo del procedimiento (explosión de un artefacto en la redacción de la revista *El Papus* con luctuoso resultado), sean realmente partícipes en la consumación del hecho...por lo que quedan amparados por el beneficio de la duda.

No hay en la administración de justicia española mayor reconocimiento de ineficacia y pasividad en la investigación de un delito de terrorismo y asesinato. Y, precisamente ante sujetos, investigados o no, acusados o no, que formaban parte de la organización política del Estado franquista, el llamado «Movimiento Nacional» y sus milicias armadas, con la colaboración del aparato policial político del franquismo y de la justicia. En fin, una palpable evidencia de que, cuatro años después de la muerte del

dictador, la estructura represiva de la aparentemente extinta dictadura funcionaba perfectamente. El resultado fue la casi absoluta impunidad para todos los partícipes en los hechos y la imposición de penas moderadas, en relación con la gravedad de los mismos, a los que finalmente fueron sometidos a juicio. Pero, además, no deja de sorprender que la Audiencia Nacional, en el ejercicio de sus facultades legales, previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal,[96] no impidiera que el juez instructor concluyera la investigación subsanando las lagunas que luego denunció, mediante la práctica de las diligencias pendientes y absolutamente necesarias para el definitivo y total esclarecimiento de los hechos. Como también sorprende que dicho tribunal no adoptara ninguna medida para la corrección, siquiera disciplinaria, de las carencias denunciadas contra los funcionarios policiales y el juez instructor.

El tribunal condenó al procesado Juan José Bosch Tàpies de un delito de terrorismo en grado de conspiración a la pena de diez años de prisión mayor y de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de tres años de prisión menor. Y al procesado Ángel Blanco Ferriz de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de tres años de prisión menor, y lo absuelven del delito de terrorismo en grado de conspiración por aplicación de la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre. Además de penas menores a otros cuatro acusados. Respecto a este extremo, la sentencia, además de cuanto se ha expuesto, relata que Ángel Blanco, después de participar en la concertación delictiva consistente en «dar muerte» al periodista Echarri, actuó de la siguiente forma: dicho Ángel Blanco «que conocía al también procesado José López Rodríguez, mayor de edad, guarda jurado de la empresa y experto en armamento, obtuvo de este en la calle, en el mes de Febrero de 1977, varios revólveres, que no han sido habidos y de los que por tanto se ignora en qué condiciones se encontraban, así como una pistola, [...] arma que mediante precio quedó en poder del acusado Juan Bosch y que más tarde entregó a un tercero, al ya fallecido, por cierto en extrañas circunstancias [...] en cuyo poder se intervino por la policía el día 10 de octubre de 1977». Y el tribunal sitúa estos hechos realizados por

Blanco «en esta trayectoria de aprovisionamiento... hasta la colocación del artefacto explosivo». Pese al relato anterior, el tribunal —que, por cierto, sitúa las elecciones de junio de 1977 el «15 de octubre»— aplica a Ángel Blanco la amnistía, es decir la inmediata extinción de la responsabilidad penal, por el delito de terrorismo. La razón no puede ser más errónea. La citada ley, en efecto, considera aplicable la misma a «todos los actos de intencionalidad política [...] realizados con anterioridad al 15 de Diciembre de 1976». Y añade en el apartado II de dicho precepto: «se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal». Disposición que, sin duda, impedía aplicar la amnistía a Ángel Blanco, pues su acreditada implicación en la actividad criminal reseñada es anterior y posterior al 15 de diciembre de 1976, según describía el propio tribunal en los hechos dados como probados. En definitiva, una muestra más de complacencia a través de una interpretación viciada de la ley que debilitó aún más la respuesta judicial ante el gravísimo atentado contra *El Papus*. El Tribunal Supremo, por sentencia de 28 de febrero de 1984, absolvió a uno de los anteriormente condenados por un único delito de tenencia de explosivos y mantuvo la injustificable aplicación de la Ley de Amnistía ya referida, apuntalando la deplorable reacción judicial ante tan graves delitos.

El homicidio de Agustín Rueda Sierra

Cuando ocurrieron los hechos que a continuación van a relatarse, estaban vigentes en la comunidad internacional las «Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos», de Naciones Unidas, de 1957, que prohibían sanciones «crueles, inhumanas o degradantes». Y también estaban vigentes en nuestro país, desde el 30 de abril de 1977, los «Pactos de Derechos Civiles y Políticos», de Nueva York de 1966. En su artículo 7º se disponía que «Nadie será sometido a torturas, penas o tratos cueles, inhumanos o degradantes». Coherentemente con lo anterior, el Decreto 2273/1977, de 29

de julio, que reformó parcialmente el reglamento de prisiones franquista, estableció en el artículo 104.1: «Los internos no podrán ser objeto de malos tratos». Precepto que quiso representar un principio de ruptura con la tolerancia y permisividad de los mismos durante toda la dictadura y que dictaba un modo de proceder de respeto total y absoluto a la integridad física y moral de los reclusos. Norma que los tribunales, en el caso que va a examinarse, no tomaron en consideración en absoluto, pese a su evidente trascendencia para valorar penalmente los hechos ocurridos.

Los hechos que a continuación van a exponerse fueron el objeto del Sumario 21/1978, instruido por el Juzgado de Instrucción de Madrid n.º 2. Y figuran como «probados» en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 9 de febrero de 1988, es decir, diez años después de ocurrir los hechos punibles. El motivo que desencadena lo que ahora va a relatarse parece que fue el descubrimiento de un túnel en el Centro Penitenciario de Carabanchel (Madrid). Agustín Rueda, como otros muchos reclusos, fue conducido

> a unas celdas ubicadas en el semisótano, debajo del departamento de cacheos, próximo a jefatura, celdas que eran destinadas en un principio a los condenados a muerte, tras la abolición de tal pena, se utilizaban como recinto de aislamiento. Esta dependencia a la que se accede por una angosta escalera está configurada por una especie de vestíbulo que comunica tanto con un antiguo comedor de forma octogonal como con una habitación que a su vez da acceso a un ancho pasillo con tres celdas tipo americano, es decir, con reja en su parte frontal. [...]
>
> A Agustín Rueda le bajan al recinto de aislamiento los funcionarios R. de L. y A.L.M., introduciéndole en el departamento octogonal, confluyendo allí los también procesados JM. M.M.L., H.P.B., N.L.T., R.S.H., J.E.C. y A.B.O., provistos en su mayoría de las tan citadas defensas de goma. Se reanuda el interrogatorio y al mantener Agustín R.S. su actitud, es apaleado por los funcionarios con el exclusivo fin de hacerle confesar, recibiendo una intensa paliza, prolongada, sin que conste su duración, y dirigiéndose principalmente los golpes a zonas no vitales. Durante la misma, cae al suelo y se le reanima echándole agua por su cuerpo. [...] Después es ingresado en la primera de las celdas. [...]
>
> Los expresados reclusos, a medida que finalizaba su interrogatorio, eran internados en las celdas a que se ha hecho mención, finalizando todo ello sobre las 14,00 h. [...]
>
> En la prisión de Carabanchel el servicio médico estaba, en aquellas fechas, a cargo de tres doctores: los procesados J.C.G. —médico jefe— y J.M.B.P., y el también doctor R.G.L. Si bien no existía una distribución reglamentaria del servicio, había un convenio entre los médicos respecto a las horas en que cada uno acudía a la prisión. Así, J.C.G. comparecía sobre las 11 h, J.M.B.P. lo hacía sobre las 14,00 h, R.G.L. sobre las 18,00 h, durando como media su estancia en la prisión unas 3 h, duración que estaba condicionada a las incidencias médicas que pudieran

acaecer. Además de los citados, había dos o tres ATS y 15 o 20 internos, sin conocimientos médicos científicos, destinados a enfermería, dependencia que como material más destacado propio de su concreto destino contaba con un equipo de rayos X y un sillón de odontología. En casos de urgencia fuera de las horas reseñadas, se avisaba a los médicos y quedaba completada la cobertura sanitaria por el Hospital General Penitenciario, próximo a la prisión, donde eran evacuados los enfermos que revestían importancia. [...]

Cuando L.L. de R. da aviso al médico, se encuentran en la prisión tanto J.C.G., pese a que ya había concluido su turno, como José María B. P., que era a quien le correspondía la función asistencial. Este último se dirige a ver a los internos y acompañado entre otros funcionarios por el Jefe de Servicios [...] a las celdas de cacheo y entrando en la primera examina a Agustín R. S., examen que se produce sobre las 14,15 a 14,20 h. Agustín R. S. se encontraba tumbado sobre una colchoneta de goma espuma y arropado con una manta, no llevaba puestos los pantalones al haber hecho sus necesidades fisiológicas en los mismos en un anterior desplazamiento a los servicios de la dependencia, traslado en el que hubo de ser ayudado, y cubría la parte superior de su cuerpo con una camisa o camiseta que se encontraba mojada. J.M.B.P. le indica que se ponga de pie y que se quite las prendas húmedas, quedando Agustín R. S. con el slip. Iniciado el examen, acude también J.C.G. que se suma al mismo, observan los abundantes hematomas que Agustín R. S. presenta y se preocupan especialmente por una herida, pequeña en extensión que el mismo presenta en la cabeza. Barajan la posibilidad de trasladarle a enfermería. [...]

Acabada la visita, J.C.G. pone en conocimiento del Director el resultado de sus exploraciones y la posibilidad de trasladar a Agustín R. S. a la enfermería. [...]

Bajan sobre las 16,15 h esta vez acompañados por F.L.T., a quien previamente le proveen de medicamentos, principalmente analgésicos, antiinflamatorios y una pomada termoanalgésica. Estando presente Luis L. de R., entran en la primera celda, encontrando en la misma, además de los dos reclusos que ya han visto en anterior estancia, a A.C.O. Como en la vez precedente, centran su examen en Agustín R. S., quien está amodorrado, siente frío y acusa insensibilidad en las piernas. Se le hace, pinchándole con un alfiler en las extremidades inferiores, una prueba comprobatoria de la falta de sensibilidad que aduce, ordena a F.L.T. que le aplique la pomada termoanalgésica y llegan a la conclusión de que Agustín R. S. no debe estar en aquel lugar. En este momento tanto los médicos, como prácticamente toda la prisión tienen conocimiento de los incidentes que se han desarrollado durante la mañana. Conscientes J.M.B.P. y J.C.G. que donde tiene que ser trasladado Agustín R. S. es al Hospital Penitenciario, posiblemente presionados por L.L de R., que considera que el traslado sacaría la paliza a la luz pública, confiando en la fortaleza de Agustín R. S., sospechando que pueda encontrarse en los inicios de un shock traumático de graves consecuencias, optan por que el traslado sea a la enfermería, sabiendo que con ello lo único que gana el enfermo es en comodidad y en mejores condiciones ambientales —las celdas estaban sin mobiliario y su temperatura y humedad eran ligeramente más adversas que las del resto de la prisión—, aunque conscientes de que en enfermería, la única actuación médica que puede efectuarse es la de observación. [...] Hecho lo anterior, los citados médicos se ausentaron de la prisión.[...]

Una vez cerrada la población reclusa en sus respectivas celdas, L.L. de R., que ha esperado ese momento para evitar que los internos puedan presenciar el estado en que se encuentra Agustín R. S., ordena al funcionario de enfermería y a los penados adscritos a tal servicio, que procedan al traslado de Agustín R. S. a enfermería, traslado que se efectúa entre las 23,00 y 24,00 h. En estos momentos el enfermo apenas puede moverse, lo que obliga a que sea llevado en volandas acostado en la colchoneta desde la celda a la camilla que espera en el pasillo de la primera galería. Una vez en enfermería, se le ingresa en una celda individual, teniendo que dar unos pasos, ayudado por los internos para poder acceder a la cama, manifestando en todo momento

tener una gran sed y persistiendo en su insensibilidad y frío en las piernas. Se le hace un zumo de naranja —frutas que ya han consumido en las celdas de aislamiento cuando sobre las 21,00 h se le bajó la cena—, se le suministra un supositorio y un placebo proveyéndosele de una bolsa de agua caliente —como ya antes se le había aplicado—. Todas estas operaciones duran hasta las 2 de la madrugada del día 14 y después de dejar al alcance de Agustín R. S. una botella con agua, es cerrada la puerta de su celda y los internos se retiran a dormir. Esa madrugada, en hora no determinada y a consecuencia de los golpes recibidos en la mañana del día anterior, Agustín R. S. fallece y cuando sobre las 7 h es trasladado urgentemente al Hospital Penitenciario, el médico de guardia, solo puede constatar su defunción.

Pese a la gravedad de lo ocurrido, no se da cuenta del fallecimiento de Agustín Rueda al Juzgado de Guardia hasta las 11,30 horas de dicho día no concretando, pese a saberlo, el origen del óbito y evitando cualquier alusión al resto de los reclusos lesionados, reclusos que permanecen en las celdas de aislamiento durante todo el día 14 Mar. 1978 y sobre cuyo estado tuvo conocimiento el Juzgado Instructor a través de una denuncia posteriormente formulada por parte de los Letrados que les asistían.

Además, durante esas horas, los funcionarios apalearon a otros siete reclusos, causándoles diversas lesiones, algunas de gravedad.

Ante estos hechos declarados probados, el tribunal razonó de esta forma: «Queda acreditado que el fin del apaleamiento era quebrar la voluntad del recluso Agustín, que esta paliza se dirigió con carácter esencial a zonas no vitales —téngase en cuenta en este sentido el controvertido término “paliza técnica” empleado por los médicos forenses—, que la agresión fue multitudinaria —al menos participaron ocho funcionarios—, que junto con las lesiones incidió en la muerte una inadecuada asistencia médica, que los instrumentos empleados —sustancialmente defensas reglamentarias de goma— no son por sus características idóneas para matar, que antes y después del apaleamiento otros internos fueron sometidos a tratos muy similares y, por último, que la propia definición legal de la tortura, entre sus fines, queda totalmente excluido el que causa la muerte del torturado. Todas estas razones necesariamente obligan a descartar el dolo eventual en el presente caso [...]».

Sobre que la «paliza» se dirigió a «zonas no vitales», que se constituye en una razón básica para excluir la intencionada muerte de A. Rueda, es necesario tener presente el examen de los forenses, para rechazar absolutamente esta tesis, luego asumida también por el Tribunal Supremo: «Las meninges aparecen contusionadas sobre la región parietal izquierda,

así como el cerebro, en el que aparece una zona de hemorragia subaracnoidea sobre el lóbulo parietal izquierdo. Los cortes practicados para estudio del cerebro muestran congestión cerebral con piqueteado hemorrágico». Apreciación completamente errónea ya que no hace falta contar con conocimientos forenses para saber que el organismo humano tiene variadas zonas vitales y todas fueron afectadas y lesionadas por la «paliza técnica» a que fue sometido Agustín Rueda.

El informe de autopsia practicado por los médicos forenses acreditó que la causa directa e inmediata de la muerte de Agustín Rueda fue:

> 1ª. Que se trata de una muerte violenta.
>
> 2ª. Que su causa ha sido un shock traumático.
>
> 3ª. Que este ha sido la consecuencia de un apaleamiento generalizado, prolongado, intenso y «técnico».
>
> 4ª.. Que no ha habido asistencia correcta desde el momento de las lesiones hasta la muerte.
>
> 5ª. Que la muerte se ha producido de doce a dieciocho horas después de recibir los golpes, durante las que se instauró paulatinamente el estado de shock que condujo a la muerte.[97]

El tribunal excluyó infundada e injustificadamente el dolo de matar, es decir, la voluntad directa y concreta de causar la muerte a Agustín Rueda, condenando a los diez funcionarios de prisiones que consintieron o participaron directamente en su apaleamiento, más dos médicos del centro, por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, lo que se denomina también homicidio culposo, con las agravantes que luego se dirán. Es decir, el homicidio de Agustín Rueda tuvo el mismo tratamiento penal que la muerte causada por la conducción negligente de un vehículo o por no haberse adoptado las exigibles medidas de seguridad en el desarrollo de una actividad laboral que implique un cierto riesgo. No cabía mayor benevolencia. ¿Solo benevolencia?

Después de un pronunciamiento judicial como este, no podían extrañar las dificultades que hubo que sortear para abrir una investigación penal por los malos tratos generalizados a los reclusos en el Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Herrera de la Mancha. Todavía, el 28 de enero de

1980, el Juzgado de Instrucción de Manzanares, contra el criterio del ministerio fiscal, rechazaba acordar el procesamiento de varios funcionarios de aquella prisión por delitos de torturas.

Por otra parte no puede dejar de considerarse que desde el día 13 de marzo de 1978 en que ocurren los hechos el tribunal dicta sentencia diez años después, exactamente el 9 de febrero de 1988. Mientras tanto, según las noticias publicadas en los años inmediatamente posteriores en diversos medios la reacción de los funcionarios fue de un absoluto menosprecio de la gravedad de los hechos hasta el punto de que se promovieran colectas a favor de quienes habían causado la muerte de Agustín Rueda. Así llegó a decirse: «El corporativismo de los carceleros se puso en marcha de inmediato y organizan colectas de apoyo a quienes mataron a Agustín Rueda. En la cuenta número 2000/271 de la sucursal de Banesto en la Avenida de Nuestra Señora de Fátima 4 —junto a Carabanchel— a nombre de los funcionarios R.M.D. y J.A.S.R.; llegan a reunir 7 millones de pesetas en diciembre de 1979».[98]

Inexplicablemente, el Tribunal Supremo, por sentencia de 5 de noviembre de 1990, confirma totalmente la anterior con los siguientes argumentos: que «de los datos fácticos del relato, además de los que la misma sentencia a quo considera, se deduce claramente que al igual que en el caso de los procesados ejecutores del apaleamiento del recluso, lo que menos esperaban aquellos, como los médicos procesados, era la muerte del recluso», que «confían en que la misma no va a producirse», que «no se trasluce la aceptación del resultado [mortal] ni que este sea considerado por los procesados como probable». Para luego valorar en la misma dirección la «reacción» de los acusados posterior al conocimiento de la muerte, como de «temor y preocupación», «consternación» o «verse abrumado por tal suceso». Reacción por otra parte razonable, pero no lo suficientemente intensa como para haber evitado el apaleamiento o haber exigido, ante la progresiva gravedad de su estado, el traslado del recluso a un centro hospitalario. Es más, esos supuestos «sentimientos» se emplearon por el Tribunal Supremo para justificar lo injustificable, el «interés de evitar que

trascendiera lo ocurrido al resto de los reclusos lesionados y el retardo en avisar al Juzgado de Guardia (11,30 h del día siguiente al de autos, 14 Mar. 1978)». La naturaleza de la agresión, su carácter colectivo y, por tanto, de una superioridad numérica aplastante, contundente y continuada, solo podía ser calificada como dolosa o, en otros términos, intencionada. Y, desde luego, de haberse apreciado un homicidio doloso, tendrían que haberse aplicado, al menos, las mismas agravantes que fueron estimadas en los delitos de lesiones causadas a los otros reclusos, como el «abuso de superioridad», incuestionable, y, sin duda, el «prevalerse del carácter público» que todos tenían por su condición de funcionarios, con la consiguiente elevación de las penas. Ello, sin excluir la posible y razonable aplicación de la agravante de «alevosía» dada la manifiesta superioridad física de atacantes y los medios empleados por los agresores respecto de la total y absoluta inferioridad e indefensión del recluso.[99] Todo este cruel y fatal resultado, producido por la agresión múltiple y continuada de un numeroso grupo de funcionarios, bajo el directo conocimiento y tolerancia de otros, mediante el empleo muy violento de las porras de goma que portaban, no puede atribuirse seriamente a una falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes o un exceso en una conducta, los malos tratos, que por otra parte, les estaba taxativamente prohibida. No estaban, los funcionarios acusados, ante el incumplimiento de lo que se denomina un "deber de cuidado" durante el desarrollo de su acción agresiva, sino que, como se ha dicho con acierto, en este caso, "el sujeto no quiere el resultado" pero "cuenta con él", "admite su producción", "acepta el riesgo", "no le importa lo que pase", etc.[100] Fue, en todo caso un homicidio doloso rozando los límites del asesinato. Y, como era habitual entonces, resuelto judicialmente con una relativa impunidad.

En cuanto a los dos médicos del centro penitenciario, condenados también por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, no se les aplicó la agravante entonces denominada de «impericia o negligencia profesional» por el entonces vigente artículo 565 del Código Penal. Como no podía ser menos, el Tribunal Supremo reconoce, como fundamento de la

condena, «una grave conculcación del deber objetivo de cuidado por los médicos enjuiciados: por un lado, sabedores del grave estado del recluso apaleado y de que la asistencia médica en la enfermería de la cárcel era a todas luces insuficiente». Pero no lo estimaron suficiente para sancionarles con una pena superior a la de dos años de prisión menor que le impusieron. Un signo más de debilidad y complacencia con dichos funcionarios que, además, eran médicos. Los hechos dados como probados parece que no llevaron a los dos tribunales que juzgaron estos hechos a las únicas conclusiones que podía estimarse justas. Entre esos hechos, se establece que «sospechando [los médicos] que pueda encontrarse en los inicios de un shock traumático de graves consecuencias» deciden trasladarlo a la enfermería de la prisión, conscientes de no ser una solución para el grave estado que padece. «Efectuada la visita, ponen en conocimiento del jefe de servicios Luis L. de R. [procesado fallecido] el traslado a enfermería y dictan el parte de lesiones para su entrega al mismo jefe de servicios. Tal parte de lesiones es genérico, sin contener especiales indicaciones —salvo el traslado a enfermería— respecto a Agustín R. S., hecho lo cual se ausentan de la prisión sin preocuparse más del asunto. [...] Y, a continuación, sobre las 16,00 horas [...] Hecho lo anterior [el traslado a la enfermería], los citados médicos se ausentaron de la prisión». Donde ya no vuelven para interesarse por la evolución del estado crítico en que se encontraba Agustín, contribuyendo decisivamente a su muerte o, al menos, ello es lo que dice la autopsia: «La conjunción de las lesiones sufridas y la falta de tratamiento adecuado han conducido a la muerte». Previamente, en la propia autopsia, se describe cuál debía haber sido dicho tratamiento, sin duda complejo y urgente, que los médicos de la prisión, a sabiendas del estado en que Agustín se encontraba, no aplicaron. Es una conducta omisiva gravísima que justificaba la apreciación de la agravante porque constituye la más grave negligencia atribuible a un médico: abandonar a su suerte a un enfermo muy grave con riesgo de muerte, con dejación absoluta de sus deberes profesionales más trascendentes.

Existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia profesional médica. En este sentido hay que recordar lo siguiente: 1) Que por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable. 2) Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón la falta de pericia cuando esta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional. 3) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones censurables. Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la medicina y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *lex artis* conduzcan a resultados lesivos para las personas.

Ya entonces, el alcance de negligencia profesional estaba muy perfilado.

Así lo hizo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1989 que argumentó en estos términos: «El hecho de no preocuparse de examinar con la atención debida al enfermo y comprobar su situación, solo constatable con eficacia a través de la apreciación directa y personal del facultativo, representa una imprudencia temeraria profesional porque es precisamente la llamada *lex artis*, la ciencia médica, la que olvidó en este supuesto, teniendo en cuenta que un profesional medio hubiera podido y debido captar en virtud de sus conocimientos la realidad del peligro y riesgo que suponía hacer un diagnóstico en los términos en que se realizó y prever sus fatales consecuencias». Igualmente se pronunció la sentencia de dicho Tribunal de 20 de febrero de 1991: «Porque el problema consiste en determinar cuándo el óbito, o el daño irreparable, se ha propiciado por falta de atención, por falta de dedicación, en equivocación inexcusable o dejadez extraordinaria

(que nada tiene que ver con el error científico o de diagnóstico), y cuándo, por el contrario, deviene aquel como consecuencia del final de una naturaleza ya desgastada, ya deteriorada o ya marcada sorpresivamente por cualquier fallo o defecto funcional y fisiológico».

En ambos casos, se describen supuestos aplicables a los médicos de Carabanchel, que, con dejadez de sus responsabilidades profesionales —a las que antepusieron su horario laboral—, no hicieron un obligado seguimiento previsor y cuidadoso de la evolución del cuadro clínico de Agustín contribuyendo de forma decisiva a su fallecimiento.

Los tribunales han razonado al margen de la realidad de los hechos probados y han hecho valoraciones incompatibles con los mismos. Han obviado algo tan elemental como las conclusiones que se derivan de la autopsia que, en este caso, es muy reveladora de los elementos cognitivos y volitivos del proceder de los funcionarios condenados. Ningún tribunal, ante una conducta violenta de tal alcance, puede desconocer que el cadáver de Agustín presentaba «innumerables huellas de contusiones de localización múltiple, de mayor o menor intensidad». Y que todas las partes del cuerpo, el cráneo en la forma ya descrita, los pulmones, con «amplias zonas de infiltración hemática por contusiones», el abdomen en el que se apreció, además de otras lesiones, un «hígado fuertemente congestivo», presentaban «un cuadro lesivo de excepcional importancia, demostrativo de sevicias en forma de contusiones múltiples que afectan prácticamente a toda la superficie corporal [...] falleciendo por el mecanismo del shock traumático, debido a la pérdida de sangre que supone su extravasación en el tejido celular subcutáneo y muscular».

La muerte de José Arregui en la Dirección General de Seguridad

> Con la violencia, la tortura y el terror ejercido contra ellas y, a veces, incluso, contra sus seres más queridos, buscaban hacer del valiente, en el sentido más humano, un cobarde aterrorizado; en hacer del más generoso, un egoísta que solo pensase en librarse de su tragedia personal; en hacer del fraternal y solidario con sus compañeros de lucha, un traidor que les denunciase, que les

vendiese; en suma lograr que la persona digna y ejemplar se convirtiese en un ser indigno y humillado.[101]

Con motivo de la detención el 4 de febrero de 1981 de José Arregui Izaguirre, como presunto miembro de la banda terrorista ETA, fue trasladado a las dependencias policiales de la Dirección General de Seguridad en Madrid. Lo primero que debe destacarse es que al amparo de la legislación antiterrorista vigente permaneció en dichas dependencias hasta el día 13 de dicho mes, periodo de detención policial en el que se producen los hechos que finalmente determinan su traslado a un centro hospitalario y su muerte. Según el informe de autopsia, el dictamen forense fue el siguiente:

Primera: La causa de la muerte ha sido un fallo respiratorio originado por proceso bronconeumónico con intenso edema pulmonar bilateral y derrame de ambas cavidades pleurales y pericardio.

Segunda: Los hematomas superficiales, las erosiones, y equimosis demuestran violencias físicas, sin relación etiopatogénica con el proceso bronconeumónico.

Tercera: Las quemaduras en ambos pies no son recientes, pero tampoco antiguas, ya que todavía están en fase de reepitelización grave, y han sido sometidas a tratamiento tópico (se le aplicó mercromina).

Cuarta: Hay punturas de actuación terapéutica de actuación intramuscular e intravenosa (inyecciones).

El fallecimiento de José Arregui determinó la incoación de una causa penal —Sumario 22/1981 del Juzgado de Instrucción n.º 13 de Madrid— que sufrió unas vicisitudes procesales sorprendentes, por no decir recriminables. La razón, sin duda, fue que los dos procesados eran inspectores de policía de la entonces denominada Brigada Regional de Información, heredera de la Brigada Social de la dictadura. La principal incidencia es que se dictaron tres sentencias, la primera por la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de diciembre de 1983, que absolvió a los procesados del delito de torturas por el que habían sido acusados por el ministerio fiscal y la acusación particular. Dicha sentencia fue recurrida en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, por sentencia de 5 de julio de 1985, anuló la anterior, anulación que obligó a la Audiencia

Provincial de Madrid a dictar nueva sentencia el 13 de septiembre de 1985, sentencia que tomamos como referencia para valorar la que finalmente se resolvió por el Tribunal Supremo. En la sentencia de 1985, los procesados vuelven a ser absueltos, pero hay una novedad, un magistrado emite un voto particular que disiente de la mayoría y estima que debían haber sido condenados los dos inspectores de policía como responsables de un delito de tortura del artículo 204 bis del Código Penal.[102]

En la sentencia de la Audiencia Provincial de 1985 se hace constar como «hecho probado» que José Arregui

> mientras estuvo a disposición policial permaneció en el mismo despacho durmiendo en una colchoneta que le había sido facilitada abrigándose con una manta, y para hacer sus necesidades era conducido a unos servicios contiguos al despacho, subiéndole la comida sin que conste de qué tipo era esta y hora de suministrársela, ni si tenía a su disposición más de una manta y era suficiente para abrigarse; no siendo custodiado por una persona determinada permanentemente sino por los funcionarios que ocasionalmente le interrogaban, ya que a ninguno expresamente se encomendó su custodia. [...] El día doce de febrero, sobre las catorce horas, Arregui sufrió un mareo en el despacho donde se encontraba por lo que fue reconocido por los doctores U. y A. presentando «respiración accidótica, buen estado de conciencia, lengua tostada con lesión por mordedura, en auscultación pulmonar estertores crepitantes basales, sin alteraciones en auscultación cardiaca, equimosis periorbitaria bilateral y edemas pretibiales», lo que significaba que se le estaba incubando una enfermedad pulmonar. [...] Y al dar cuenta de ello el Director de los Servicios Médicos al Jefe de la Brigada Regional de Información, ambos acordaron trasladar al detenido a un Centro Hospitalario, trasladándole al Hospital Penitenciario de Carabanchel sobre las 17.30 horas de dicho día 12, después de extender el anterior parte los servicios médicos, saliendo con las mismas lesiones apreciadas en el primer reconocimiento del día 4. [...] Al ingreso en el Hospital Penitenciario se le hizo un reconocimiento por el médico de guardia sobre las 17.30 horas apreciándose las mismas lesiones que en parte del médico de guardia se describen [*sic*]: «hematomas periorbitales, con derrame conjuntival en ojo derecho, hematomas en hombro derecho, brazos, piernas y ambos glúteos, y heridas por quemaduras de segundo grado en ambos pies, estado ligeramente estuporoso del que se recupera paulatinamente, disnea intensa y dolor abdominal difuso, sin síntomas de abdomen agudo». [...] En la mañana del día 13 sufrió un agravamiento con mareos y fiebre alta, no respondiendo al tratamiento prescrito, practicándole nuevas radiografías y análisis de sangre, siendo ordenado por el médico Jefe del Hospital Penitenciario [...] el traslado de Arregui a la ciudad Sanitaria Provincial, y cuando se iba a llevar a efecto sobre las catorce horas falleció a causa de un fallo respiratorio originado por proceso bronconeumónico con edema pulmonar bilateral y derrame en cavidades pleurales y pericardio, todo ello de origen no traumático. [...] Los procesados J.M.R. y J-A.G.R., durante el tiempo en que el fallecido José Arregui Izaguirre permaneció en un despacho de la Brigada Regional de Información de la Dirección General de Seguridad, no le hicieron objeto de malos tratos, ni ejercieron sobre él violencias físicas ni coacciones intimidantes ni le ocasionaron quemaduras en las plantas de los pies, sin que tampoco conste que consintieron que otros funcionarios le causaran tales malos tratos y lesiones.

A partir de este relato fáctico el tribunal deduce la ausencia de responsabilidad penal de los procesados y, como se ha dicho, son absueltos.

En cuanto al voto particular al que nos hemos referido, interesa destacar algunas de las razones que le llevaron a discrepar de la resolución anterior, dado que este voto particular fue asumido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Dicho voto decía lo siguiente: los procesados «tenían que haber asumido como deber reglamentariamente establecido el impedir que se ejecutara cualquier acto o procedimiento que intimidase o violentare la voluntad del interrogado Arregui, evitando o al menos procurando evitar que otros los cometiesen mediante las correspondientes advertencias, instrucciones, recomendaciones, órdenes o cualquier otra medida que su celo les hubiera dictado tendiera a tal fin, lo que no hicieron, y desde luego su protesta o denuncia a sus superiores de tales actos una vez conocidos o debido conocer por ellos su comisión, lo que hubiera determinado de haberlo hecho así como era su deber el esclarecimiento, corrección y no continuación de actos intimidatorios de la voluntad del interrogado, pues dada la evidencia de las quemaduras producidas al detenido con las secuelas y sufrimientos que comportan, tuvieron que conocer su existencia o debieran haberlas tenido que conocer, de haber empleado el celo exigible al cumplimiento de los deberes de sus cargos, los que incumplieron al no impedir lo que pudieron y debieron evitar en la producción de tales actos lesivos». En todo caso, es lo cierto que la causación del conjunto de lesiones que presentaba el detenido no estaba claramente determinada. Prueba de ello es que en dicho voto particular se concluye afirmando que «aunque la ubicación y extensión de tales hematomas, tal como revelan las fotografías aportadas a los autos, puedan humanamente llevar a la duda de si todos ellos fueron ocasionadas en los instantes de la detención». Congruentemente con el razonamiento anterior, el magistrado discrepante entendió que los procesados debían haber sido condenados por un delito de tortura del artículo 204 bis, último párrafo, del Código Penal vigente en esas fechas.

Esta fue la tesis asumida por el Tribunal Supremo en la segunda sentencia dictada en relación con este proceso, de 25 de septiembre de 1989. El razonamiento que fundamenta la resolución condenatoria es, sustancialmente, el siguiente: «Así las cosas, es evidente que dichas lesiones [causadas a José Arregui] le fueron producidas al detenido entre los días 5 y 12 en el curso de la investigación policial en la que intervinieron como responsables directos y principales los procesados. [...] Es evidente que esta Sala puede y debe, de acuerdo con las tesis acusatorias, alterar el relato de hechos probados en los términos procedentes, de acuerdo con cuanto queda dicho». Dando por «hecho probado» lo siguiente: que los procesados «en sus funciones de instructor y secretario (del atestado) dato que a juicio del Ministerio Fiscal es especialmente relevante al ser los encargados de la formalización de las correspondientes declaraciones, estaban obligados a conocer lo que sucedía en la investigación y a impedir cualquier vulneración de los derechos de las personas reconocidos por las leyes. [...] Si, como queda dicho, las quemaduras se produjeron en el curso de la investigación policial verificada entre los días 4 y 13 de febrero de 1981 y los responsables eran los procesados [...] estos faltaron a deberes primordiales de su cargo y permitieron dolosamente a otras personas no identificadas la ejecución de estos hechos». De aquí se deriva la condena, ya estimada procedente en el voto particular anteriormente descrito.

Este evidente caso de tortura y ,en aquellas fechas, otros múltiples, justificaron la reacción de la sociedad civil y, en particular, de Amnistía Internacional contra las detenciones por un plazo superior a las 72 horas y la incomunicación de los detenidos —que, desafortunadamente, aún persisten aunque con mayor control judicial—. En el Informe de 1982, dicha organización se expresó así: «José Arregui, presunto miembro de ETA-militar, murió mientras se hallaba detenido, después de nueve días de incomunicación, en febrero. Como se acostumbra en estos casos, la única intervención del juez nominalmente responsable de su detención había sido autorizar esta. A José Arregui no se le permitió consultar a un abogado». Lamentablemente, la práctica de la tortura policial ha continuado estando

presente durante la democracia. En el Informe de Amnistía Internacional «Sal en la herida. La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos», publicado en 2007, se evaluaba críticamente la reacción del poder judicial ante los delitos de tortura.

La tortura, en cuanto se produce en lugares de detención policial, con un control judicial insuficiente y por un indeterminado número de funcionarios, cuya identificación resulta problemática, son circunstancias que favorecen la impunidad como lo ha expresado claramente la penalista María Luisa Maqueda con las siguiente palabras: «La tortura no puede, en efecto, identificarse con cualquier lesión de un particular por cruel y alevosa que esta sea, porque exige ser valorada en el contexto que le es propio, que no es otro que el de las relaciones de poder —poder "pactado"— que ostenta el Estado respecto de los particulares y fruto característico de su abuso».[103] Por eso estaremos ante un derecho donde posiblemente sea mayor el desfase entre su reconocimiento formal y su protección jurídica y su efectivo respeto. Desfase que es consecuencia directa de dos factores relevantes. En primer lugar la debilidad del ciudadano, máxime cuando está detenido, ante el Estado. Y en segundo lugar porque los estados, por razón de la defensa a ultranza de su soberanía, se resisten al cumplimiento de ciertas obligaciones impuestas por los tratados internacionales y aún más a ser sometidos a controles estrictos sobre el grado de cumplimiento de esas obligaciones. Todo ello consecuencia de que los sujetos activos de la tortura son autoridades o funcionarios del estado, de cualquier administración pública, esencialmente pertenecientes a cuerpos de policía por lo que el delito de tortura, en cuanto se produce en el marco de las instituciones estatales es lo que puede denominarse un «crimen de estado». Lo decía con claridad Guy Aurenche: «La tortura institucionalizada no es solamente la negación misma del hombre, sino también la negación misma del papel que ha sido confiado al Estado por las sociedades humanas. De ahí el carácter particularmente grave de la tortura institucionalizada».[104] Pero los estados, paralelamente a su fortalecimiento como aparato represor, han hallado formas cada vez más sofisticadas de tortura que la hacen cada vez más invisible, casi

imperceptible. Sobre todo cuando las garantías legales se relajan o directamente se reducen como ocurre ante los delitos de terrorismo.[105]

El resultado del panorama descrito conduce, pese a la voluntad de las administraciones contra la tortura, a una cierta contemporización y tolerancia con la misma, no solo de los gobiernos sino de los tribunales. Tenemos un ejemplo muy expresivo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de febrero de 2004, n.º 7/2004 (Recurso 5316/97) que resolvió el recurso de amparo interpuesto por quienes habían sido condenados por delitos de terrorismo como miembros o colaboradores de la banda terrorista ETA.

Los hechos se remontan a 1992 cuando se producen diversas detenciones por la Guardia Civil, autorizándose por el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 la incomunicación de los detenidos durante su permanencia en las dependencias policiales. Inmediatamente después de levantarse la incomunicación, sin solución de continuidad, prestan declaración ante el juez instructor alegando haber sido sometidos a tortura. Todos menos uno que previamente había sido trasladado a la UVI del hospital de Basurto-Bilbao. Fueron condenados por la Audiencia Nacional el 26 de diciembre de 1995 que no otorgó valor probatorio a las declaraciones prestadas ante la policía «que se hallan viciadas» por la práctica de la tortura. El Tribunal Supremo confirmó esta sentencia por otra de 6 de octubre de 1997. La tortura aplicada a los detenidos determinó que se dictaran por la Audiencia Provincial de Vizcaya tres sentencias condenatorias contra varios guardia civiles por delitos de tortura que se relatan en la sentencia.[106]

El Tribunal Constitucional aprovechó la ocasión para expresar claramente, con cita de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de diciembre de 1996 (caso Aksoy contra Turquía), que el artículo 3 del Convenio Europeo sobre la tortura «contiene uno de los valores de la sociedad democrática y que incluso en las más difíciles circunstancias, como la lucha contra el terrorismo o el crimen, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura o los tratos inhumanos o

degradantes». Y en segundo lugar, el Tribunal Constitucional, y aquí radica la novedad de la resolución, estimó invalidadas como pruebas de cargo las declaraciones prestadas ante el juez central de instrucción por los detenidos que acababan de ser torturados, al entender que ante el juez subsistían las mismas circunstancias que justificaron la anulación como prueba de cargo de las declaraciones prestadas ante la Guardia Civil. Según la sentencia: «Desde el momento inicial se denuncia por parte de los recurrentes la existencia de malos tratos y torturas durante el tiempo de permanencia en las dependencias policiales. Una denuncia que no cabe calificar de infundada, pues aparece reflejada en los informes emitidos diariamente por el médico forense durante el periodo de incomunicación en los que se hacían referencia a las lesiones apreciadas». En estas condiciones, el tribunal establece taxativamente que: «No obstante, en las circunstancias que acaban de relatarse, no puede afirmarse que con ello quede materialmente garantizada la libertad de actuación de quienes durante cinco días habían sido sometidos a torturas y malos tratos, en régimen de incomunicación y, sin solución de continuidad, sin haber podido entrevistarse con ninguna persona de su confianza, ni tampoco con el abogado que les asistía, son llevados a presencia judicial para declarar sobre los mismos hechos acerca de los que han sido interrogados policialmente bajo tortura. Pues el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva». Y a continuación afirma: «Por tanto, debemos concluir que las declaraciones prestadas ante el juez central de instrucción, inmediatamente posteriores al cese de la incomunicación, están también viciadas por la tortura previamente ejercida sobre los imputados declarantes, en la medida en que su efecto coactivo podía seguir incidiendo en la libertad de estos, y sin que ello se viese eficazmente contrarrestado por la obtención por el juez de garantías materiales». Ante una resolución de tanta trascendencia cabría plantearse si las circunstancias que motivaron

la estimación parcial del recurso de amparo fue una excepción o pudo ser o es una práctica generalizada. Decisión que revela que todavía subsisten en nuestro régimen procesal restricciones de las garantías procesales que favorecen o propician la práctica de la tortura y confirman las fundadas sospechas que el relator especial de la ONU expresaba en el último informe sobre España en 2004.

La tolerancia a la que nos referíamos no es cosa del pasado dictatorial. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, por sentencia de 20 de noviembre de 2008, impuso severas penas a cinco mossos d'esquadra por delitos de tortura, contra la integridad moral, de lesiones, contra la inviolabilidad del domicilio y diversas faltas. Pero, a partir de aquí, comenzó un proceso de reducción de las penas impuestas que inició el Tribunal Supremo. Hasta llegar donde el poder ejecutivo banaliza dichos delitos y, mediante un uso abusivo del derecho de gracia, concede a cada uno de los policías condenados los respectivos indultos rebajando aún más las penas. Así lo hacen los Reales Decretos 410, 411, 412, 414 y 415 de 17 de febrero de 2012, sustituyendo las penas impuestas, especialmente respecto a tres de ellos, por otras —dos años de prisión—, que les permitirían librarse del ingreso en prisión para el efectivo cumplimiento de las mismas. Una forma grosera pero eficaz de sustituir a los tribunales, banalizando a la víctima, el proceso, el juicio oral y la sentencia; todo, para favorecer a unos delincuentes que abusaron de una función pública tan relevante como el servicio policial. Finalmente, la pena la ha impuesto el poder ejecutivo y la tortura había quedado prácticamente impune. Pero esta vez, el Tribunal, así, con mayúsculas, parece que está dispuesto a que las penas resultantes se cumplan, como se desprende de las resoluciones que ha dictado; al menos, así se desprende de los autos de 21 de mayo y 28 de junio de 2012, dada la «peligrosidad criminal» de los condenados y de la «repulsa y alarma social» que generaron sus conductas delictivas. En todo caso, es una realidad que ciertos poderes del Estado o gobiernos autonómicos continúan contemporizando con prácticas policiales de malos tratos o de tortura.

Por todo ello, continúan manteniendo plena vigencia las palabras del profesor Tomás y Valiente cuando decía, en 1969, en el prólogo a la obra de Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*: «Por otra parte, ¿no es hoy la tortura un recurso empleado por la policía de "estados civilizados" y occidentales o libres, aunque naturalmente no se reconozca así ante la opinión pública?». Palabras que reiteraba en 1971 cuando afirmaba que: «En el mundo actual se tortura» y no solo en los estados totalitarios o a los prisioneros de guerra, también en los estados democráticos, «anteponiendo el interés o razón de Estado a las garantías o derechos individuales de los ciudadanos.»[107]

El asesinato de Yolanda González Martín

Esta conducta delictiva determinó la apertura del proceso penal sumario 34/1980, instruido por el Juzgado Central n.º 1. En la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 1982 se reconocía que los acusados «a la sazón ostentaban, respectivamente, los cargos de jefe de seguridad, jefe de núcleo, secretario y subjefe del distrito de la Arganzuela (Madrid), del partido político ilegalizado Fuerza Nueva, habían constituido entre ellos desde hacía algo más de un año, al margen de la disciplina y estructura de dicho partido, una banda organizada y armada para realización de actos violentos e ilícitos, a la que dieron el nombre de Grupo 41. [...] El procesado D.M.L., que por entonces desempeñaba el cargo de Jefe Nacional de Seguridad de "Fuerza Nueva", conocía la actividad clandestina del "Grupo 41" y, no obstante, no solo la toleraba, sino que en algunas ocasiones se sirvió de él impartiendo órdenes directas de realización de "acciones" a H., con el que se entendía directamente». Los expresados cargos y sus funciones en un partido, de limitada militancia, como Fuerza Nueva, reflejaban que sus responsables políticos principales debían conocer las actividades ilegales y criminales de estos individuos. Los acusados

fueron condenados por el delito de asesinato de Yolanda y otros delitos conexos.

Pero la sentencia no aplicó a los acusados la comisión de un delito de asociación ilícita con un razonamiento como el siguiente: «I. Los del apartado A [...] j) el reducido "Grupo 41", verdadera banda armada y organizada que integraron los procesados H., A., P. A. y P., si bien por su condición de tal atrae la competencia jurisdiccional de esta Audiencia Nacional para conocer de los hechos en virtud de lo preceptuado en el Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de enero (artículo 3 uno), vigente cuando aquellos [hechos] se cometieron y el que en la actualidad ha sido sustituido por la Ley Orgánica 11-1980, de 1 de diciembre, no puede reputarse por su entidad, número, composición y estructura organizativa, como una asociación a efectos jurídicos penales, de los artículos 172 y siguientes del Código, que desde entonces han sufrido modificaciones legales, la que para su nacimiento y existencia requiere una agrupación de personas más numerosa y una composición estructural y organizativa más extensa y compleja, en la que existan si no todos, cuando menos los más sustanciales grados o escalones de fundadores, directores, presidentes, miembros activos, afiliados, participantes y cooperadores económicos o de otra clase, y en función de los cuales, precisamente, el artículo 174 (y en la fecha de autos también el 175) determinan las penas correspondientes; por lo que al no ser el "Grupo 41" una asociación penalmente hablando no puede hablarse de delito por ilicitud de algo que no existe». El tribunal omitía que para la estimación de una asociación ilícita, de conformidad con lo dispuesto entonces por los artículos 172 a 176 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, eran perseguibles penalmente, además de los integrantes ya enumerados, los «meros individuos» de asociaciones, aunque fueran solo *de facto*, que comprendieran entre sus fines, como en el asesinato de Yolanda ocurrió, «cometer algún delito». Así lo entendió también el Tribunal Supremo cuando ratificó la condena impuesta a quienes, además de los delitos por los que fueron condenados, habían constituido una asociación ilícita, sin que concurriera aquella estructura

organizativa, «porque esta clase de organizaciones no pueden constituirse normalmente previo el cumplimiento de todas las formalidades legales y tienen que desarrollar sus actividades de manera velada y clandestina» (STS 16/1/1963). Pero, una vez más, la norma penal fue aplicada de forma favorable a las organizaciones de signo fascista.

Otras sentencias expresivas sobre la violencia de la extrema derecha

Igualmente se hace constar, sin mencionarlo, el origen político ultraderechista de los acusados por la colocación de un artefacto explosivo en la sede de *El País* que determinó la muerte de José Fraguas Fernández. En la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 1983, se afirmaba que «los acusados habían militado en un partido político legalizado del que se desligaron a finales de 1977,en unión de otra persona que ahora no se juzga, constituyeron en 1978 un grupo, de incipiente organización, cuya finalidad esencial se encaminaba a la realización de acciones violentas contra personas, grupos y empresas que ellos calificaban como de ideología marxista; a tal fin, y como estimaran que el periódico *El País*, propiedad de la empresa Promotora de Informaciones S.A., era uno de sus objetivos, ya que entendían que era uno de los medios de información que dirigía mayores ataques a los grupos de ultra-derecha, en el que los procesados se estimaban incluidos, puestos de acuerdo y en unidad de acción y claro propósito de represalia contra dicho periódico...»

Otra referencia, entre otras muchas que podrían citarse, a la permanencia del fascismo durante la transición, se encuentra en la sentencia del tribunal anterior de 3 de febrero de 1984 en relación al atentado cometido en Madrid contra el Club de Amigos de la Unesco. Los dos acusados «estuvieron integrados, con otras personas, todos procedentes del legalizado partido político Fuerza Nueva, en un clandestino conjunto ultraderechista que se fue afianzando en el colectivo y general propósito de utilizar la violencia, como instrumento provocador de desestabilizante

alarma ciudadana, amén de originador de concretos quebrantos personales y patrimoniales; para lo que llegaron a disponer de armas de fuego y explosivos».

En España, en 1983, a la democracia que ya estaba instaurada desde 1978 —año de la Constitución— los tribunales la llamaban con un penoso eufemismo, «transformación evolutiva liberalizadora», expresión de miedo y, quizá, de cobardía. No es de extrañar que, treinta y tres años después, con motivo de la presentación del documental «El Papus, anatomía de un atentado», de David Fernández de Castro, Antonio Franco afirmara: «Nunca hubo simetría. A quienes atentaban desde la izquierda se les perseguía; a los de derechas, no», añadiendo, «Ni policías ni jueces actuaron como árbitros».[108]

Con estos y otros muchos antecedentes similares, Fuerza Nueva aún esta legalizado. Es una de las debilidades de la transición.

En este contexto, cobra su verdadera significación la pregunta formulada por el diputado socialista Juan Barranco Gallardo cuando, el día 14 de febrero de 1980 con motivo del asesinato de Yolanda González, plantea al gobierno las siguientes cuestiones en relación a los ya detenidos y «militantes del partido Fuerza Nueva»:

> ¿Cómo obtuvieron las armas y los aparatos electrónicos que obraban en su poder y que no son de acceso normal en el mercado?
>
> ¿Con qué otras organizaciones, además del partido Fuerza Nueva, nacionales y extranjeras, tenían conexiones los detenidos?
>
> ¿Qué información posee el Gobierno sobre el denominado «Batallón Vasco Español»?, y
>
> ¿Conoce el Gobierno que en los días inmediatamente posteriores al asesinato de Yolanda González Martín, en varios institutos y centros de enseñanza de la provincia de Madrid se han producido irrupciones violentas de militantes del partido Fuerza Nueva que, esgrimiendo cadenas, porras y otros objetos, amenazaban y provocaban a los alumnos de dichos centros?

Preguntas que, cualesquiera que fueran las respuestas, mostraban la presencia activa del fascismo en nuestro país.

Conclusión

El trato moderado y hasta respetuoso, en ocasiones excesivo, que una parte significativa de la magistratura española ha dado a las actuaciones delictivas del fascismo español y a la farsa de los tribunales franquistas, como si sus víctimas, por razón de sus ideas, carecieran de derecho a la vida o a vivir en libertad, constituye una evidente expresión, diciéndolo en términos de Hanna Arendt, de que el totalitarismo no ha sido «definitivamente vencido». Y que subsisten los efectos del mismo en las respuestas jurisdiccionales, como consecuencia de que el franquismo, como fenómeno totalitario, hizo «estallar nuestras categorías de pensamiento político y nuestros criterios para los juicios morales», estallido que todavía sigue alcanzando a los juicios de algunos de nuestros tribunales.[109]

5

EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN SOBRE EL FRANQUISMO Y EL DERECHO AL HONOR[110]

El derecho al honor ha sido uno de los ámbitos donde los jueces han extendido a veces su protección mucho más allá de los límites constitucionales. Conviene tener presente que se trata de un derecho escasamente protegido en los textos internacionales. En los Pactos de Nueva York es mencionado como contenido del derecho a la vida privada frente a «ataques ilegales a su honra y reputación». En el Convenio de Roma se cita la «reputación» solo como límite a la libertad de expresión. La Constitución protege el derecho al honor en cuanto forma de garantizar la buena fama o el aprecio social (sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991). Evidentemente, tiene un significado fuertemente personalista, lo que no ha impedido que se otorgue a personas fallecidas, con una eficacia *postmortem*. Es el problema que analizamos aquí y que se deriva del derecho a saber que se realiza a través de la «labor de los historiadores que pretenden sacar de la oscuridad y el silencio —este sí, claramente interesado— a aquellas personas que participaron en la represión franquista».[111] Y es aquí donde han surgido conflictos entre la libertad de información y el derecho al honor resueltos en los tribunales, con jueces que, por lo general, han optado por una cerrada defensa del honor de los responsables de dicha represión frente a la libertad de información desde una posición, como dice Francisco Espinosa, de «no mirar atrás».

Pero, el Tribunal Constitucional, ha mantenido una línea interpretativa favorable a extender la protección de los derechos a las libertades de expresión e información, salvo casos muy excepcionales y, por tanto, con una interpretación muy restrictiva del alcance del derecho al honor. Así lo hizo la sentencia 39/2005, de 28 de febrero, que entiende que aquellos derechos operan como instrumentos de los derechos de participación política y, en consecuencia, debe reconocérseles una mayor amplitud ya que garantizan la tutela de un bien jurídico fundamental cual es la formación de una opinión pública libre. Dicha función debe hacer a los derechos a la libertad de expresión e información «especialmente resistentes» a restricciones que podrían justificarse en otros ámbitos. Ello obliga a admitir, como lícitas, las opiniones y valoraciones que «puedan molestar, inquietar o disgustar» o resultar «hirientes, molestas o desabridas». Máxime cuando los destinatarios de la crítica son personas o instituciones que desempeñan o han desempeñado responsabilidades políticas, respecto a las cuales el umbral de protección que les otorga el derecho al honor es muy inferior, precisamente por su participación en las esferas del poder público. Así se interpreta también por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que declara que dichos derechos constituyen uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (sentencia 38/2004, de 27 de mayo, caso Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia, y sentencia de 8 de julio de 1986, Lingens contra Austria).

Ciertamente, la Ley Orgánica 17/1982, de 5 de mayo, de «Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen», no contiene ninguna definición del derecho al honor y, por ello, el Tribunal Constitucional ha entendido que su contenido es «lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (sentencia 185/89). Definiéndose, pues, por «la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual —como la fama y aun la honra— consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona» (sentencia

223/92). Pero esta indefinición genera, como veremos, conflictos interpretativos entre derechos fundamentales de primer orden —los de expresión e información— y los límites que les impone el derecho al honor de las personas. Lo que se traduce en que son los jueces quienes han de interpretar ponderadamente ambos derechos en un juicio fuertemente condicionado por su posición ideológica. Y aquí radica el problema, como ya advirtió el profesor Marc Carrillo: «El abuso de conceptos jurídicos indeterminados o de tipos valorativos reduce la seguridad jurídica aumentando de hecho el poder decisorio de jueces y magistrados, lo cual, en sí mismo, no tiene que ser negativo, pero no hay que olvidar tampoco que tras una decisión judicial elaborada de acuerdo con la ciencia jurídica, pervive la conciencia y la ideología de un funcionario, un juez, que en España ocupa su plaza en virtud de unas oposiciones ganadas sin que en ellas haya incidido proceso electivo alguno y en el que de alguna forma sea constatable la voluntad de los ciudadanos. No se trata, afirmando esta obviedad, de pretender con ello desautorizar la decisión judicial sino, más bien, de constatar que el juez no está exento de sus propias convicciones y de la influencia que sobre él ejerce el medio social».[112] En este contexto, en el que hay que medir y compensar la preferencia de un derecho sobre otro, es evidente, como hemos dicho, cuál debe ser el criterio dominante, a favor de la libertad de información y expresión. Pero como «ningún derecho es ilimitado»[113] la jurisprudencia constitucional ha ido fijando las razones de dicha preferencia ante determinados conflictos.

Previamente, constatar que la citada ley establece cuando concurre vulneración o intromisión ilegítima en el derecho al honor. El artículo 7.7 lo dice así: «La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación», lo que el Tribunal Constitucional ha considerado el derecho a «no ser escarnecido o humillado ante si mismo o ante los demás». Pero, en todo caso, la jurisprudencia ha mantenido, de conformidad con lo dispuesto en la ley, un elevado grado de tolerancia en el ejercicio de

actuaciones «cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». «Las valoraciones historiográficas son libres y deben prevalecer sobre el derecho al honor de las personas fallecidas protagonistas del relato histórico.»[114] La opinión de este escritor ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional: «La libertad científica disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a la que opera para las libertades de expresión e información [...] se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término [...] se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica, con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos» (sentencia 43/2004). Lo mismo ocurre respecto de los políticos. Decía el profesor de Carreras que estos «deben soportar con la máxima intensidad el peso de la crítica, a veces durísima e implacable, [pero] ello no quiere decir que todo esté permitido». Es el criterio del Tribunal Constitucional: «Las críticas constituyen una servidumbre de la actividad pública o política. Y la libertad de expresión «no solo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando esta se refiere a las personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes o manifestaciones que si se tratase de particulares sin proyección pública» (sentencia 85/1992). Desde estos presupuestos, analizamos las siguientes resoluciones judiciales que, en buena parte, no se han ajustado a los criterios constitucionales expuestos.

A)

A principios de los ochenta se estrenó en Sevilla el documental «Rocío» que dirigió Fernando Ruiz Vergara, ya fallecido. Con motivo del recorrido que hace sobre dicha romería, aparecen los nombres y apodos de las cien personas que, inmediatamente después del golpe militar de 1936, fueron asesinadas en Almonte. Este acontecimiento es asociado, en imágenes y voz en off, a la persona de José María Reales Carrasco, alcalde de esa localidad durante la dictadura de Primo de Rivera. Los hijos de este presentaron una querella por delito de calumnia contra el director del documental. La Audiencia Provincial de Sevilla, el 19 de junio de 1982, dictó sentencia condenando al querellado por un delito de injurias graves a 2 meses y 1 día de arresto mayor, 50.000 pesetas de multa y una indemnización de 10.000.000 de pesetas. Sentencia confirmada por otra del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1984, con ponencia del magistrado Vivas Marzal, destacado por su vinculación al franquismo. En esta sentencia, no es una cuestión menor, se citan antecedentes jurisprudenciales desde 1882 hasta 1956.

La sentencia reconoce que en el documental «no se le imputa [al exalcalde] claramente —en cuanto a fechas exactas, lugares e identidad de los presuntamente fallecidos—, infracción o infracciones específicas, concretas y determinadas con absoluta precisión», pero ello «no enerva el propósito de injuriar cuando, la aparentemente inocua descripción o el propósito simplemente narrativo, oculta y enmascara, o trata de esconder y disfrazar un auténtico ánimo de vilipendio, vituperio y oprobio que el talante de mero relato no logra soterrar, sin que tampoco pueda evitar que fluya, se manifieste y resplandezca». Para añadir luego, desde la perspectiva aún vigente de equidistancia entre la República y la dictadura, «pronto aflora una inoportuna e infeliz recordación de episodios sucedidos antes y después del dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis, en los que se escarnece a uno de los bandos contendientes olvidando que las guerras civiles, como lucha fratricida que son, dejan una estela o rastro sangriento y de hechos, unas veces heroicos y otras reprobables, que es indispensable inhumar y olvidar si se quiere que los sobrevivientes y las generaciones

posteriores a la contienda, convivan pacífica, armónica y conciliadamente, no siendo atinado avivar los rescoldos de esa lucha para despertar rencores, odios y resentimientos adormecidos por el paso del tiempo, sin que, lo dicho, obste a que relatos rigurosamente históricos, imparciales y no destinados al común de las gentes, hagan honor al adagio "De omnibus aut veritas aut nihil", con una finalidad exclusivamente crítica y científica y de matiz objetivo y testimonial; y más adelante, en la citada película, proyectada en tantas ciudades, el reproche se acentúa; rizándolo o centrándolo en una persona, el señor Luis, fallecido mucho antes, al que se atribuyen cualidades de inhumanidad y crueldad que ninguna relación tienen con el proclamado tema de la película de autos, y que suponen escarnio, ultraje y vilipendio evidentes de su memoria, y que refulgen necesariamente sobre sus descendientes y herederos». Empleando estos términos, tan del pasado, para justificar la protección dispensada al difunto: «porque todo ser humano, además de la vida terrenal, temporal y efímera, y de la sobrenatural, perdurable, eterna y hasta infinita, según los creyentes, goza de una tercera vida más o menos prolongada y duradera, que acaba feneciendo con el transcurso del tiempo y que es, desde luego, posmortem, que se mantiene entre sus deudos y parientes, que está especialmente obligado a respetar y a hacer respetar su heredero como continuador de su personalidad, y que consiste en la huella que, su paso, dejó en el mundo sensible y en el recuerdo, memoria, renombre o buena fama que quedó de él».

La justicia infligió un durísimo golpe a la libertad de información a través de una sentencia de evidentes resabios franquistas.

B)

El historiador Isidoro Sánchez Baena publicó, en 1991, la obra *Luque. Estudios históricos*, en la que consta el siguiente párrafo: «Las milicias falangistas llegaron al cortijo El Brillante; [...] La patrulla, al comprobar

que recientemente habían cuidado unas aves de corral que había, se desplegó para la búsqueda. Encontraron a un hombre subido en un olivo de las cercanías y sin mediar nada más, uno de la patrulla, Juan López Rodríguez, le descerrojó [*sic*] un tiro que acabó con su vida. El muerto era Manuel Pérez Gálvez, casero de puerta abierta del cortijo (con derecho a casa pero sin sueldo)».[115] El citado Juan López, aún vivo, presentó querella por delito de calumnia, ante la que el Juzgado de Instrucción de Baena (sumario 1/1992) acordó el secuestro de las planchas del libro y el secuestro de los ejemplares disponibles y, posteriormente, el 9/6/1992, el procesamiento de Isidoro Sánchez contra el que se abrió juicio oral. Afortunadamente, la Audiencia Provincial de Córdoba el 25/5/1993 lo absolvió. El Tribunal Supremo confirmó la absolución en marzo de 1994.

C)

El 27 de noviembre de 1994 fue proyectado en TV3 el documental «Sumaríssim 477» de la historiadora y periodista Dolors Genovés Morales, en el que se narraba la vida del dirigente político catalán Manuel Carrasco i Formiguera y, en particular, el proceso militar a que fue sometido. Juzgado por un consejo de guerra en Burgos en 1938 fue condenado a muerte y fusilado. En dicho documental se hacía referencia a la participación como testigo de cargo en el proceso, además de otras personas, de Carlos Trías Bertrán, abogado, secretario de Falange en Barcelona en ese momento y residente en Burgos.

Las citas, que luego fueron objeto del proceso civil contra la autora del documental, eran estas:

> Yo Carlos Trías Bertrán de Barcelona, declaro que conozco a Manuel Carrasco Formiguera y que junto con Estat Català ha intentado la fundación de una República independiente, bajo la protección de una potencia extranjera.
>
> 2. [De nuevo, mientras se ven imágenes de legajos y la foto antes mencionada, una voz en off decía]: El Tribunal va condemnar Carrasco basant-se exclusivament en el testimoni de vuit catalans residents a Burgos. Es van presentar voluntàriament davant del jutge instructor. [...]

Tenen noms i cognoms: José Riba Seba, cap de la Falange a Catalunya; José M.ª Fontana, falangista; Antonio Martínez Tomás, periodista; Josep Bru Jardí, periodista; Diego Ramírez Pastor, periodista; Carlos Trías Bertrán, advocat; Josep Lluc Bonastre, advocat; Enrique Janés de Durán, advocat. [...]

No van tenir compassió, Carrasco «era rojo y era separatista». La defensa els va denominar testimonis fantasmes, ressentits, propagadors de rumors.

3. [Finalmente, sobre fondo negro, se emite el siguiente texto]: Tots els testimonis de càrrec que van declarar contra Carrasco van ocupar alts càrrecs a l'administració i la premsa franquista des de 1940.[116]

Los hijos de Carlos Trías Bertrán, Inés, Miguel, María Teresa, Fernando, Jorge, Carlos, Ana Josefa y Eugenio Trías Sagnier formularon demanda civil contra Dolors Genovés y TV3 por intromisión ilegítima en el honor del padre de los demandantes. Proceso que, por sí mismo, generó una grave perturbación en la vida personal y profesional de la demandada y situaba una vez más el problema de la revelación pública de los crímenes del franquismo, pues el centro del debate era la celebración de un consejo de guerra en plena guerra civil. Esta demanda correspondió al Juzgado de 1ª Instancia n.º 13 de Barcelona, que dictó sentencia el 20 de diciembre de 1996 estimando la demanda por entender que en el documental había habido «intromisión o agresión ilegítima cometida por los demandados contra el honor de D. Carlos Trías Bertrán». En los razonamientos, nunca se puso en cuestión la legitimidad y validez del proceso, el consejo de guerra y la sentencia condenatoria a muerte de Carrasco i Formiguera, es más, se hablaba con naturalidad de «actividad probatoria», «fase de instrucción», del «plenario» y de que el «Tribunal basó su veredicto», como si se refiriera al tribunal de un Estado democrático. Ya era muy grave, pero lo más penoso fueron las imputaciones que, de forma absolutamente desproporcionada, se hicieron a la demandada. Como deducir del texto del documental, «No van tenir compassió, Carrasco, era rojo y era separatista», aseveraciones como estas, que según el juez eran «la acusación más grave que se hace a estos declarantes desde el punto de vista humano, y con la que se les quiere involucrar y se les involucra directamente en el fusilamiento de D. Manuel Carrasco i Formiguera, como si el hecho de ejecutar la sentencia de muerte dependía de ellos». Afirmando, además, que los hechos objeto del proceso,

la intervención de Carlos Trías Bertrán y otros testigos en el citado proceso, no solo «están situados o interpretados intencionadamente fuera del contexto histórico en que los hechos ocurrieron, sino además no responden a la verdad objetiva conforme al contenido propio del sumario estudiado, siendo hartamente vejatorias e injuriosas no solo por ello, sino además por las expresiones o calificativos que se hacen a estos señores como reputándoles de resentidos, crueles sin que se haya acreditado que tuvieran algún motivo especial contra el Sr. Carrasco i Formiguera, que despertara su odio y resentimiento hacia él y que les impulsó a testificar contra él, para que le condenaran a muerte, afirmaciones que hace la autora del reportaje en condiciones de incurrir en sectarismos y por ende en afirmaciones sectaristas susceptibles de falsear la realidad y por ello atentatorios a la dignidad y el honor de las personas». Posteriormente, la Sección Décimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 17 de noviembre de 1997, confirma la anterior, prolongando la persecución judicial. Sin perjuicio de que, al menos, haga una breve y moderada referencia «al régimen autoritario de Franco», pero sin discutir tampoco el pseudoproceso militar en el que ocurren los hechos, hace suyas las razones del juez anterior y añade más imputaciones injustificadas contra la demandada. Así, cuando afirma que su relato es «atentatorio a la verdad», que dicho relato «se aparta notablemente del contenido del sumario» (proceso que, por otra parte, no se denominaba así) o cuando le atribuyen «insinuaciones malévolas».

Por fin, la Sala Civil del Tribunal Supremo restauró la razón. Por sentencia de 8 de marzo de 1999, estimó la demanda de Dolors Genovés. Luego, el 23 de marzo de 2004, fue confirmada por el Tribunal Constitucional.

Para el Tribunal Supremo, eran dos las cuestiones que debían analizarse, la relevancia pública y la veracidad de la controvertida información, añadiendo «[la] Sala no tiene la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho» (fundamento de Derecho cuarto). Y que no parecía probable que Trías Bertrán, en su condición de abogado, desconociese las trágicas consecuencias que podía tener su acusación y testimonio.

Concluyó el Tribunal Supremo afirmando que no hubo intromisión ilegítima en el honor del padre de los actores civiles, Trías Bertrán, puesto que en el reportaje en cuestión, expresión de un legítimo ejercicio de la libertad de información, se narraban hechos históricos que debían tenerse por ciertos y con relevancia pública, no se expusieron hechos que difamaren a Trías Bertrán o que le hiciesen desmerecer en la consideración ajena, por cuanto lo narrado fueron hechos veraces a lo que se anudaban juicios de valor «que caben en la libertad científica de un historiador» (fundamento de Derecho quinto).

D)

Una breve referencia al proceso penal abierto contra Marta Capín Rodríguez y Antonio Piedrafita González por delitos de calumnia e injuria por la publicación de la investigación sobre los asesinatos cometidos el 21 de octubre de 1937 de 17 personas que procedían de un hospital psiquiátrico en un lugar conocido como Valdediós (Asturias). El libro que relataba estos hechos era *El valle de Dios*, en el que se citaba, por su relación con los hechos, al entonces director del hospital, el doctor Pedro Quirós Isla, cuya familia formuló querella contra los autores de la publicación. El Juzgado de Instrucción n.º 4 de Oviedo abrió una causa penal y ordenó la apertura de juicio oral, creando la consiguiente zozobra entre los querellados, pese a la fidelidad y veracidad de los acontecimientos a que se refirieron.

Celebrado el juicio, el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Oviedo, el 12 de septiembre de 2007, dictó sentencia absolutoria, que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Asturias el dos de mayo de 2008.

En la sentencia del juzgado se hace constar que el hecho probado «se centra en un hecho noticiable de interés para la reconstrucción histórica de episodios desgraciadamente ocurridos en el curso de la guerra civil que constituyen el acontecimiento que sirve de base al relato de relevancia

pública o interés general...». Excluyendo también en los acusados cualquier «móvil espurio» en la reconstrucción de los hechos.

E)

Es preciso mencionar las decisiones judiciales que generaron las declaraciones del nazi León Degrelle, que determinaron la demanda formulada por Violeta Friedman por atentado al derecho a su honor personal y como integrante de la comunidad judía.

Los hechos fueron estos:

a) El n.º 168 de la revista *Tiempo*, correspondiente a la semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985, publicó un reportaje titulado «Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle», en el que se recogían unas declaraciones realizadas a la revista por León Degrelle, exjefe de las Waffen-SS, en relación con la actuación nazi con los judíos y con los campos de concentración, quien entre otros extremos afirmó lo siguiente:

> Los judíos: Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios. [...] El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan. [...]
>
> Falta un líder: Ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa... [...]
>
> Pero ya no surgen hombres como el Führer. [...]
>
> Han sacado los huesos y hasta los dientes de M. [se refería al doctor Mengele] ¡Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor M. era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los Estados Unidos para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos.

Sintéticamente, el fundamento de la demanda era que las citadas declaraciones habían lesionado el honor de la actora judía, quien estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió gaseada toda su familia por orden de un médico citado en las declaraciones, por cuanto que con tales afirmaciones el demandado no solo tergiversaba la

historia, sino que, además, llamaba mentirosos a quienes, como la demandante, padecieron los horrores de los campos de concentración nazis.

Pues bien, ante la demanda formulada, tres tribunales (siete jueces) apoyaron la licitud y ausencia de lesividad alguna de las declaraciones de Degrelle, en una actitud incompatible con los principios democráticos que deben orientar la actuación jurisdiccional. Finalmente, el Tribunal Constitucional, por sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, otorgó el amparo a Violeta Friedman, declarando nulas las sentencias anteriores, la de 16 de junio de 1986 del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid, la de 9 de febrero de 1988 de la Audiencia de Madrid y la de 5 de diciembre de 1988 de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo llegó a decir: «Tales manifestaciones, aunque acaso desafortunadas dado el tema sobre que se exponían, podrán ser objeto de crítica y reproche moral por parte de quienes se sientan afectados, mas no implican ofensa al honor de persona física concreta o de su familia, aun cuando puedan originar aflicción e incluso sufrimiento a personas naturales e incluso colectivos o grupos sociales. Por ello, este Tribunal, aun comprendiendo el impacto moral, la indignación e incluso irritación que hayan podido producir a quienes como la actora padeció personalmente los desatinos de una época como a la que se refiere la demanda, no puede por menos que resaltar que las manifestaciones de una voluntad, la del demandado, sobre unos hechos que hoy son historia y que por virtud del derecho fundamental a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones que consagra el artículo 20.1, a) de la Constitución, desafortunadas como se ha dicho, mas no ofensivas para el honor de ninguna persona natural, ni siquiera colectiva».

Esta vez la respuesta justa la dio el Tribunal Constitucional, que criticó duramente las resoluciones impugnadas, lo que ahorra más comentarios: «Se trata con toda evidencia de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación

racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella, y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella sufridos y padecidos, como con desgarro se exponen en la demanda, no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral, sino antes al contrario y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo y, dentro de ellas, la hoy recurrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el artículo 20.1 C.E» (Fundamento jurídico 8).

Después de este calvario judicial, son de obligado conocimiento las palabras con que Violeta Friedman inicia sus memorias: «Durante treinta y nueve años yo había guardado silencio. Había tratado de olvidar lo inolvidable, de convencerme a mí misma de que jamás había vivido todo aquel horror sin límites. Pero era en vano: los recuerdos seguían ahí, el mercado de Marghita, el tren, los brazos que me separaron de mi madre, y el espanto, el hambre, el dolor, la muerte. [...] Yo había vivido todo eso. Y como yo, otros muchos millones de personas. La mayor parte jamás pudieron contarlo: fueron asesinados antes de poder decir nada, antes de poder recordar. Ahora, alguien estaba intentando engañar. Engañarme a mí, que lo había vivido, y al mundo entero. Entonces comprendí que tenía una obligación, la de recordarlo y contarlo».[117]

F)

En el libro *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, de Emilio Silva y Santiago Macías, consta un capítulo titulado

«Castilla la Mancha. Cementerio de Talavera de la Reina».[118] En este se hace una amplia referencia a la experiencia vivida por Rosa Muñoz Garrido en relación a la represión franquista en la localidad de Domingo Pérez. Dicho texto determinó que unos vecinos de la misma formularan una demanda civil contra los autores del libro por estimar que lo narrado representaba una intromisión ilegítima en su derecho al honor, vulnerándose su intimidad e imagen. El Juzgado de 1ª Instancia n.º 2 de Toledo, en el juicio ordinario 168/2004, dictó sentencia desestimando la demanda. Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de dicha ciudad, tribunal que el 16 de mayo de 2006 revocó la sentencia anterior y condenó a los demandados. El juez de instancia rechazó la demanda acudiendo a que los hechos relatados debían situarse en el marco de lo que se denomina «reportaje neutral» y no vulneraba derecho alguno. La Audiencia Provincial rechazó dicha argumentación.

Los autores del libro reproducen el testimonio de Rosa Muñoz Garrido sobre los hechos ocurridos en dicha localidad durante la guerra civil. Los hechos tienen su origen en el juicio y condena a muerte de Ángel Garrido Erustes por un consejo de guerra franquista que determinó su fusilamiento el 22 de junio de 1938. Ángel dejó viuda y tres hijos. Parece que sus restos fueron inhumados en una fosa común en el cementerio de Talavera de la Reina. En relación a estos hechos, Rosa Muñoz dijo, refiriéndose a dichos familiares: «Allí [la viuda de Ángel Garrido, en el "sanatorio antituberculoso" de Toledo] tuvo que lavar las sábanas de los enfermos, los vómitos de sangre, etc., sin ningún tipo de protección. Por suerte no llegó a contagiarse. A uno de los hijos, que tenía siete años, lo habían fichado antes de desterrarlo junto a su madre; hoy tiene en su casa una foto ecuestre de Franco. Sus hijos [los hermanos Garrido] han publicado un libro sobre los desaparecidos en Rusia con la División Azul. A 25 kilómetros de su casa no han hecho nada y por el contrario se van a Rusia, claro está, financiados por el gobierno español. [...] Han traído a varios con toda la pompa y todo el boato, con tambores incluso para enterrarles como se merecían».

A partir de este relato, los hermanos Garrido Polonio, descendientes de Garrido Erustes, emprendieron acciones judiciales contra los autores del libro por entender que dicho relato constituía una ilegítima intromisión en el honor de los mismos. Consideraban que resultaba ofensivo para su fama y aprecio personal sugerir y hasta afirmar que, pese a la persecución y muerte de su ascendiente Ángel Garrido y el sufrimiento infligido a su viuda por los franquistas, ellos, ahora, estaban alineados con el régimen político que tan implacablemente persiguió a sus familiares.

En relación a los citados hechos, los tres magistrados de la Audiencia Provincial afirman lo siguiente: «Es evidente que el tener en la casa una foto ecuestre de Franco no es un hecho vejatorio en sí mismo». Pero, «en el contexto en el que se expone la frase, hay que decir que, a juicio de la Sala, es ofensivo al honor de los demandantes, [...] dando a entender que dicha persona es un seguidor de la persona [se refieren a Franco] que mató a su padre». En relación a si los demandantes se interesaron por el paradero de su abuelo, «entiende la Sala que su contenido es también ofensivo, pues se da a entender que los nietos de dicha persona fusilada por Franco se olvidan de la figura de su abuelo y dedican sus esfuerzos a recuperar la memoria de otras personas que murieron en Rusia, en la División Azul». Por todo ello, «la Sala entiende que la teoría del reportaje [...] no es admisible en el presente caso». Y añade, «igualmente, se debe tener en cuenta que tales informaciones, si bien tienen como fondo la guerra civil española, concierne a actos de los codemandantes que solamente atañen a su vida privada [...] sin que conste acreditada su relevancia pública». Con estos conservadores y frágiles argumentos, consideran que los autores de la obra citada invadieron el honor de los demandantes.

Afortunadamente, la Sala Primera del Tribunal Supremo, el 4 de diciembre de 2009 dictó sentencia resolviendo el recurso de casación interpuesto por los demandados y condenados y anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, que recibe una durísima lección de rigor jurídico y de ecuanimidad a partir de una premisa, «la Sala no tiene la función de enjuiciar la historia, sino de aplicar el Derecho». Dicha sentencia

establece la siguiente doctrina: «La doctrina del reportaje neutral encuentra su base en la doctrina jurisprudencial norteamericana, proclamada en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre y 8 de julio de 1986, casos Handyside y Linpens, y que se aplica como recuerda la sentencia de 21 de julio de 2008, como protectora de la información difundida cuando se reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito limitándose a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones del tercero. [...] El libro narra unas desapacibles circunstancias, en las que subyace un antagonismo ideológico, es un debate de ideas, las mismas pueden constituir un error o una falacia, según la hipótesis de la parte actora, pero nunca pueden significar una ofensa, sino simplemente una opinión más o menos fundamentada desde un punto de vista particular y que desde luego puede ser rebatida [...] pero nunca puede ser estimada como una ofensa. Las opiniones se combaten mediante otras opiniones y no mediante demandas judiciales». Y concluye que los hechos enjuiciados no son «atentatorios al derecho al honor». Digna sentencia que contrarresta tantos desvaríos judiciales que han causado mucho daño.

G)

Por último, merece especial atención la persecución del escritor Alfredo Grimaldos Feito llevada a cabo por la familia Rosón. En 2004, el escritor Alfredo Grimaldos publica una obra titulada *La sombra de Franco en la Transición*.[119] En el capítulo 9 hay un subcapítulo denominado «Los Rosón, azote de Galicia». Parte de lo contenido en el mismo motivó una demanda civil de los herederos y familiares de Antonio y Juan José Rosón Pérez, fallecidos en 1986, contra dicho escritor y la editorial por entender que representaba una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los hermanos Rosón y de los propios familiares.

En la demanda, de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid (autos 969/2007), se relataban como ofensivos los siguientes

hechos obrantes en el libro:

El hermano mayor de la familia, Antonio, que se dedica a perseguir izquierdistas y galleguistas durante los sangrientos primeros días de la guerra civil, se convierte en 1978, gracias a una de las numerosas paradojas que proporciona la «reforma» del régimen, en el primer presidente de la Xunta de Galicia.[120]

El mayor de los dos hermanos y jefe del clan es Antonio Rosón, que llega a la transición, tras haber sido martillo de rojos y nacionalistas durante los años de guerra y posguerra.[121]

El mayor de los Rosón se toma muy en serio la persecución de los republicanos huidos.[122]

Y utilizando como fuente a la revista *Interviú* resalta: A finales de 1977, Pedro López Valledor, vecino de la pequeña localidad lucense de Balcoba, declara a la revista *Interviú*: «Aquí se hicieron tantas locuras y tantas brutalidades que cuando las recordamos nos ponemos a temblar. Yo recuerdo que se veía la sangre en los caminos, charcos de sangre en las puertas de las casas, muertos en las cunetas. ¡En un lugar como este, en el que no hubo frente de guerra!». López Valledor, que en el momento de hacer estas conmovedoras declaraciones ya tiene ochenta años, continúa recuperando la memoria histórica para el semanario: «el que venía al mando de los bárbaros aquellos era el dentista Fermín Pérez Rosón, y el mismo Fermín fue el que me disparó y me persiguió. Escapé de milagro, porque me tiraba a matar».

Más adelante, el superviviente de la barbarie prosigue con su relato, recordando las atrocidades cometidas por dos hombres de confianza de los Rosón: «Yo le cuento esto, pero fíjese usted que se me pone la carne de gallina. Entre El Portugués y El Montaña había un pique por ver quien mataba más gente. Uno guardaba los ojos de todo el que mataba en un gran frasco de aguardiente, y el otro guardaba la oreja derecha del que asesinaba».[123]

En el libro se cita a continuación el reportaje titulado «Matanzas en Galicia. La saga de los Rosón», firmado por José Luis Morales a finales de 1977: «En 1977, el miedo todavía sigue vivo en la población: Por favor no dé mi nombre ni me haga fotografías, suplica otro vecino al reportero de *Interviú*. Los Rosón y los Pérez Rosón mandan ahora más que antes, y si quieren, nos destruyen. Ellos mandan en Lugo y tienen mucha fuerza en la capital de la nación».[124]

Y añaden del libro lo siguiente: «Con la llegada de Martín Villa al Ministerio de la Gobernación, en 1976, el representante de la saga de los Rosón en Madrid, accede al Gobierno Civil de la capital. Con él se desata un rosario de represión policial, arbitrariedades administrativas y denegaciones de permisos para actos públicos. Durante su etapa como gobernador civil se producen numerosas muertes de manifestantes a manos de la policía en Madrid, y las bandas fascistas actúan con total libertad por las calles de la ciudad provocando constantes asesinatos: Carlos González, Arturo Ruiz, Mari Luz Nájera, Andrés Fraguas, los abogados laboralistas de Atocha, José Luis Alcazo, Andrés García... La connivencia entres los ultras y la policía de Rosón resulta evidente, pero él manifiesta que no estima oportuno “trasladar o depurar a policías de extrema derecha, porque pueden ser buenos profesionales”».

Y continúa el libro: «También utiliza todos los recursos legales y extraoficiales que le proporciona su cargo de gobernador civil, para impedir, en abril de 1978, la aparición del artículo de *Interviú* titulado “La saga de los Rosón”, en el que se recuerda la actuación de su familia en Galicia durante la guerra civil. El texto del reportaje comienza diciendo: “Desde su puesto de jefe militar, dirige don Antonio Rosón, las operaciones de represión contra todos los que votaron al frente popular, al estatuto de Galicia y, muy especialmente, contra los que se opusieron al inmenso poder de su familia o del clan hermano, los Pérez Rosón. Cuando el número aún no está ni en la imprenta, Juan José Rosón y los suyos ya conocen el contenido del reportaje. Su hermano Antonio, diputado de Unión de Centro Democrático por Lugo, y candidato a presidente de la

Xunta de Galicia; Luis, general, empresario y abogado, y él mismo presionan a Antonio Asensio, presidente de la sociedad editorial ZETA S.A. editora de *Interviú*, para que el reportaje de José Luis Morales no llegue a los quioscos. Los tres hermanos Rosón lo intentan todo, alternando sus papeles de buenos y malos: amenazas de querellas y promesas publicitarias. Pero Asensio no cede. [...] Entonces, los integrantes del clan caciquil gallego deciden poner toda su maquinaria en marcha. En compañía de un notario, se dedican a visitar a los paisanos lucenses que han hecho las declaraciones en que se basa el artículo. Algunos de ellos, asustados, se retractan. Otros se mantienen firmes. Al mismo tiempo, consiguen que un magistrado en Lugo y otro en Madrid ordenen el secuestro del número. El juez que interviene en la capital, no se elige al azar, es el ultraderechista Rafael Gómez Chaparro, titular del Juzgado n.º 14. Extraño principio jurídico: no habiendo censura previa, deciden secuestrar una publicación cuyo contenido ni siquiera pueden conocer oficialmente.

Al mismo tiempo, policías que actúan bajo las órdenes directas de Juan José Rosón rodean la imprenta Hauser y Menet y se incautan de los ejemplares del número 101 de la revista. Además, se advierte a los distribuidores de las graves responsabilidades en las que pueden incurrir en caso de que llegue a manos del público, y se insta a los mandos de Correos para que controlen los posibles envíos de la publicación por ese conducto. Los Rosón cierran la tenaza para impedir que su pasado sea conocido. [...] La cacicada le cuesta a ZETA 12 millones de pesetas. [...] Posteriormente se edita un cuadernillo, con el número 101 bis [...] que también es secuestrado». El texto anterior era solo un fragmento del reportaje que pretendió publicar *Interviú*.

En el apartado tercero del auto de 14 de marzo de 2008 del Juzgado de 1ª Instancia n.º 5 de Madrid, que admite a trámite la demanda, se consideran como hechos objeto del proceso los siguientes: «Pues bien, según se argumenta en la demanda, el indicado libro toma como fuente principal a la revista *Interviú*, así como al reportaje titulado "Matanzas en Galicia. La saga de los Rosón", firmado por don José Luis Morales, el cual fue elaborado a finales de 1977 y publicado en los números 101 y 101 bis de la citada revista *Interviú* de 1978». Y, a continuación, limita los hechos al texto comprendido entre «cuando el número aún no está en la imprenta», hasta «con el número 101 bis [...] que también es secuestrado». Después, muy incidentalmente, se refiere a que el libro trata «un tema de tanta sensibilidad general como es la guerra civil y la transición», hechos que, según los demandantes, son causantes de una lesión al derecho al honor de los hermanos Rosón Pérez y sus herederos.

Pero hay un dato más, en el resultado de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1983, que luego veremos, se hace constar que «D) En el n.º 102 de la misma revista correspondiente a la semana de 27

abr. al 3 may. 1978, y siendo también director de la misma el acusado D. Herminio [identidad ficticia atribuida al Sr. Álvarez Méndez], se publicó el artículo "Editorial", titulado "Un solo enemigo", en el cual, después de narrar la forma en que se produjo el inicial secuestro y posterior venta del número 101 de la revista, literalmente se dice: "Tres días después —esta vez ya en plan guerrillero— nos dispusimos a editar un X de 16 páginas a dos colores, al precio de 20 ptas., del que editamos cerca de 500.000 ejemplares, en el que insistíamos en el tema y lo ampliábamos con más información que suponíamos que había de interesar al lector, especialmente al gallego. Hasta tal punto conseguimos nuestro objetivo, que los pocos ejemplares que pudieron salvarse del nuevo secuestro (el del ejemplar 101 bis) del que fue objeto esta revista de urgencia se han estado vendiendo en el mercado negro a cifras de 2.000 ptas. el ejemplar"».

En este proceso concurren unas especiales circunstancias que deben ponerse de manifiesto. La demanda civil se interpone tres años después de la publicación del libro objeto del proceso. Ello expresa que renunciaron al ejercicio de acciones penales por injurias o calumnias, pese a que en los diversos escritos presentados en este proceso se refieren a términos como «vilipendiar la honra y crédito personal», «se denigra y afrenta» o se emplean «expresiones insultantes» respecto de los hermanos Rosón Pérez. Y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que cierra el proceso, se dicta el 3 de abril de 2012. Es decir, que el pronunciamiento judicial definitivo tiene lugar setenta y seis y treinta y cuatro años después respectivamente de los hechos históricos que han dado lugar al procedimiento. Y, a diferencia de los procesos anteriores, es el primero que afecta a dirigentes políticos que —con independencia del protagonismo de uno de ellos en el inicio de la guerra civil— jugaron un papel relevante durante la transición hacia la democracia y ya en el propio proceso democrático. Parece que estos datos han jugado a favor de los demandantes y en perjuicio del escritor que se ha «atrevido» a actualizar una historia que se quería enterrar —la de la participación de Antonio Rosón en la guerra civil con los sublevados— y a criticar duramente la actuación política de

quien —Juan José Rosón— fue gobernador civil de Madrid en un periodo convulso que acabamos de describir. Y, en consecuencia, el mismo tribunal que defendió el derecho a informar de la periodista Dolors Genovés —bajo el paradigma «La Sala no tiene la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho»— ahora defiende a ultranza el —al menos— problemático honor de los hermanos Rosón Pérez por una parte de sus actividades públicas. Porque, ciertamente, para estimar conculcado el honor de dichas personas y, en la parte que les corresponda, de sus familiares, el Tribunal Supremo se ha apartado notoriamente de la doctrina que el propio tribunal y el Tribunal Constitucional han fijado durante estos años sobre las exigencias ineludibles para apreciar una intromisión ilegítima en el honor, tal como ha sido reivindicado por la familia demandante.

En este proceso, obra un dato muy relevante. El fiscal, ante el Juzgado de 1ª Instancia, solicita que se desestime la demanda porque, a su juicio, no ha habido vulneración del derecho al honor de la familia Rosón por parte del escritor Grimaldos. Y afirma, en defensa de su posición, que «la labor realizada por el autor del libro, sí puede considerarse veraz, ya que a través de la diligencia del informador se contrastó la información existente, bibliográfica y periodística, publicadas por terceros con anterioridad, ausente de expresiones objetivamente injuriosas o vejatorias, con un interés público evidente, marcado por la trascendencia política y social de los demandantes». Y añade que «tampoco se difunden invenciones, rumores o meras insidias, sino que el autor se basa en fuentes fidedignas, serias y fiables». Posición con la que coincidimos plenamente, sin perjuicio de que en una fase procesal posterior el fiscal cambió de criterio.

Es importante resaltar que este proceso se soporta sobre la aplicación, en su día, de una disposición preconstitucional y antidemocrática, el Real Decreto Ley 24/1977, «sobre libertad de expresión». Norma que parte de un planteamiento incompatible con los principios democráticos desarrollados por el Tribunal Constitucional. Este es su punto de partida: «El derecho de todos los ciudadanos tanto a la libertad de información como al respeto de su honor y de los demás derechos inherentes a la persona, es principio

fundamental de todo Estado de Derecho». Un planteamiento de ambos derechos en un plano de estricta igualdad que no se corresponde en absoluto con las declaraciones constitucionales. Planteamiento que, a nuestro juicio, subyace en todas las resoluciones judiciales dictadas en el proceso, incluida la sentencia, ya definitiva, de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2012. Pero hay una razón más para dudar de la plena validez si no formal sí material de este proceso. Mucho antes de la publicación del libro de Grimaldos, que es sustancialmente una reproducción parcial de los reportajes de *Interviú*, esta revista y sus reportajes fueron sometidos, como otras tantas, a una medida que, si bien sustituía a la censura previa, tenía un carácter claramente autoritario. Era el «secuestro» previo a la publicación de cualquier impreso, un golpe brutal a la libertad de expresión y de información que el Tribunal Supremo, en otra sentencia, no dudó en acatarla acríticamente calificándola como «medida precautoria». Pero dicha medida estaba regulada de tal forma que solo la «Administración», cuando «tuviere conocimiento de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito», estaba autorizada para dar cuenta al fiscal o solicitarlo del juez competente, «el cual acordará inmediatamente sobre el secuestro».

Pero la reacción de los hermanos Rosón que, en esos momentos ocupaban cargos muy relevantes en la administración, es doble. Por una parte, instan, sucesivamente, de los Juzgados de Instrucción n.º 14 y 17 de Madrid el secuestro de los números 101 y 101 bis de *Interviú* que, sin mayores dificultades, obtienen de dichos juzgados que acuerden los secuestros por los respectivos autos de 18 y 20 de abril de 1978. Es evidente que solo si se disponía de una gran capacidad de información —mediante servicios policiales o no— y de influencia, se estaba en condiciones de conocer de antemano lo que aún no se había publicado. Recurriendo a un medio como el secuestro, entonces legal, pero de nula legitimidad democrática. Por otra parte, no puede extrañar que, en nuestra incipiente y débil democracia, los jueces actuaran sin mayores resistencias bajo el apremio de los que reclamaban dicha medida claramente coercitiva. El primer objetivo estaba alcanzado.

Pero no fue suficiente. Los hermanos Rosón Pérez, acudieron a la vía penal denunciando al director de la revista y al periodista ya citados por delitos de injurias y calumnias. Proceso seguido en la jurisdicción penal de Barcelona que culminó con dos sentencias. La de la Audiencia Provincial de esta ciudad de 2 de julio de 1981 y la del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1983 que condenó al director por los delitos de desacato, injurias graves con publicidad y desobediencia grave y al autor del reportaje por dos delitos de desacato y otro de injurias graves. Pocas veces un tribunal había reaccionado con tanta dureza ante conductas que, en definitiva, eran las primeras manifestaciones de la libertad de información. Merece prestar atención a alguna de las cuestiones que motivaron las condenas. Eran las referencias a lo que en los reportajes originales, reproducidos por *Interviú*, se calificaba como actitudes «caciquiles» o «cacicadas» de los hermanos Rosón. Primero, situadas fundamentalmente en el contexto sociopolítico de la sociedad rural de Lugo y luego aplicadas a actitudes y formas de actuar políticas durante la transición. Así lo expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 1983, en la que se afirma «que decir de una persona que su *vocación de dominio* se fue manifestando en todas sus actividades, tanto en los sindicatos verticales (que pronto dominaría), como en la Cámara Sindical Agraria, en la que comenzó una labor de reestructuración caciquil: que igual hizo en la Presidencia de la Caja Rural Provincial y en la de la Unión Territorial de Cooperativas del Campo, desde la que controla a ganaderos y agricultores, así como los créditos dinerarios, el ahorro y el poder de toda la provincia: y que idéntica forma de actuar tuvo como consejero de los Frigoríficos Industriales de Galicia, desde cuyo cargo y a pretexto de defender los intereses de los ganaderos presiona a estos con las ayudas y con las Hermandades Sindicales para que enviasen sus reses al matadero de la referida entidad a pesar de que salían perjudicados dada la forma de clasificación de carnes que allí existía, no obstante lo cual “tenían que entrar por el aro si querían vivir”, son afirmaciones que implican la imputación de una falta de moralidad en el desempeño de la cosa pública cuyas consecuencias pueden perjudicar notablemente la fama, crédito o

interés del agraviado». Es una valoración judicial que resulta notoriamente excesiva. Y, desde luego, refleja un profundo desconocimiento de lo que hace ya más de cien años Joaquín Costa definía como «caciquismo», término ya asumido por la investigación histórica, que describe una cierta forma de gobernar por los grupos familiares y sociales poderosos de las sociedades rurales que nunca, un tribunal de un Estado democrático, debería haber entendido como afrentoso o vejatorio. Refiriéndose a los caciques, Costa decía así: «no rige ninguna ley sino en tanto que el cacique quiere que rija; con que el español vive a merced del acaso, pendiente de la arbitrariedad de una minoría corrompida y corruptora, sin honor». Y definía como componentes de «nuestro régimen oligárquico» a «los oligarcas», «los caciques» y el «gobernador civil, que les sirve de órgano de comunicación y de instrumento».[125] *Interviú* no dijo más de los hermanos Rosón de lo que habría expresado, quizá de forma más académica, nuestro ilustre Joaquín Costa.

Mientras tanto, continuó el proceso contra el escritor Grimaldos, que concluyó con la sentencia ya citada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que, como hemos adelantado, no se ajusta a los criterios democráticos que han presidido sus anteriores resoluciones en esta materia. Confirma, pues, las sentencias anteriores, y reitera que el libro de Alfredo Grimaldos constituye una «intromisión ilegítima en el honor de los fallecidos don Antonio y don Juan José Rosón Pérez, así como de sus familiares y herederos». El argumento último es que «no puede mantenerse la prevalencia de la libertad de información al no haberse ejercitado de forma legítima, pues el grado de afectación de esta es muy débil y el grado de afectación del derecho al honor es de gran intensidad». El tribunal parte, como los jueces anteriores, de que la información publicada «no ha sido contrastada de forma diligente», teniendo en cuenta que ya había recaído una sentencia penal por un delito de injurias, dato que el escritor Grimaldos «omite» y que, en consecuencia, «se incumplió el deber de veracidad» por el autor del libro. Estimamos errónea una valoración jurídica-penal que silencia toda referencia crítica al fundamento de un proceso basado en una

disposición legal y unas decisiones judiciales, como el secuestro de *Interviú*, claramente antidemocráticas. En consecuencia, la consideramos una resolución contradictoria con la trayectoria de este tribunal que, treinta y cuatro años después de los verdaderos hechos, alejándose del principio de preeminencia de derechos fundamentales, opta por una cerrada defensa del «prestigio personal y profesional» y del honor de personas que, como personajes históricos, son de trayectorias controvertidas y discutibles, no debían haber condicionado tan fuertemente la ponderación judicial más democrática que era esperable del Tribunal Supremo. Es, pues, una resolución que constituye un retroceso en la defensa de los derechos democráticos.

H)

Finalmente, como contrapunto a cuanto hemos expuesto, debe hacerse constar un dato positivo sobre la capacidad de los tribunales para resolver estos conflictos a favor de la libertad de expresión e información, a favor del progreso.

De entre las varias denuncias y demandas que se formularon contra el periodista y escritor Mariano Sánchez Soler por la revelación de las *tramas negras* durante la transición, que nunca prosperaron, ante una de ellas, formulada por Eliodoro Pomar Disalvo con motivo de la publicación del libro *Los hijos del 20-N. Historia violenta del fascismo español*, la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 27 de junio de 2000, rechazó la demanda. Y, entre otros argumentos, razonó así: «*Los hijos del 20-N. Historia violenta del fascismo español*, es el título de un libro que tiene por objeto poner de manifiesto y recordar lo que ha sido el fascismo español durante una determinada época de la historia de España: el final de la dictadura, la transición y el inicio de la democracia consolidada. Este y no otro es su verdadero objeto, aunque tangencialmente se refiera a la aparición en España, a partir de 1968, de fascistas italianos que escapaban

de la justicia de su país (implicados en el fallido golpe de Estado del 17 a 18 de diciembre de 1970 y del asesinato del magistrado Ocorso) y que se relacionan con los fascistas españoles. Es difícil encontrar un tema de más relevancia pública para un pueblo, como el español, que durante cuarenta años, nada lejanos, estuvo privado de libertad y democracia con sometimiento a un régimen fascista». Es una lección de objetividad y neutralidad que contrasta con las resoluciones anteriores.

6

SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LOS DESAPARECIDOS EN EL REGISTRO CIVIL

Las denuncias hechas por familiares de desaparecidos durante la guerra civil y la inmediata posguerra, en diciembre de 2006, ante la Audiencia Nacional, constituían, como veremos luego, el último intento de dichas víctimas de obtener la tutela judicial y la satisfacción de sus derechos a la verdad, reparación y justicia.

Porque, ciertamente, las víctimas de la represión republicana ya fueron satisfechas, entre otras formas, como las que se exponen a continuación:

> 1. Por el Decreto de 26 de abril de 1940, el Ministerio de Justicia dispuso la creación de la llamada Causa General, un extenso proceso de investigación, que duró hasta los años sesenta, para recoger por escrito y de manera oficial la represión causada por los republicanos y que documentó lo ocurrido en cada localidad a las víctimas del llamado terror rojo. La Causa General, cuyos más de mil quinientos legajos están al alcance de cualquiera en el Archivo Histórico Nacional y es accesible por Internet, se instruyó con los objetivos de justificar el golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y de servir de fuente documental para la persecución de los republicanos.
>
> 2. Los vencedores aplicaron toda su maquinaria represiva contra los vencidos, que fueron juzgados y condenados. Solo los archivos de los juzgados militares de Andalucía almacenan más de 200.000 expedientes de encartados, la mayoría relativos a causas abiertas contra republicanos en guerra y posguerra. En 1940 quedaban aún en las cárceles españolas 270.719 presos, según los datos aportados por el ministerio de Justicia, de los que unos 20.000 eran mujeres, algunas de las cuales ya habían sido violadas, rapadas y purgadas con aceite de ricino en sus localidades de origen. Otros 200.000 españoles hubieron de permanecer en el exilio permanente y se calcula que unos 7.500 murieron en los campos de exterminio nazis.
>
> 3. Conocemos la identidad de los derechistas asesinados, muertos en combate o fieles colaboradores del régimen, ya que se anotaron en los registros civiles como muertos «gloriosamente por Dios y por España» (según una de Orden de 24 de abril de 1940) y sus nombres se inscribieron en las lápidas de los cementerios, en las cruces de los caídos, en los

muros de las iglesias (de acuerdo con un Decreto de la Jefatura del Estado de 16 de noviembre de 1938), en los informes oficiales, en los nombres de las calles y en los libros de Historia.

4. Los familiares de los llamados «caídos», al igual que los ex combatientes, los ex cautivos y los soldados mutilados franquistas pudieron cobrar pensiones y el Estado les reservó hasta el 80% de los puestos de trabajo en la Administración pública (con arreglo a la Ley de 25 de agosto de 1939 de la Jefatura del Estado).

5. Asimismo, las víctimas de derechas recibieron honores y distinciones y se celebraron misas y funerales en su memoria. Sus restos fueron sacados de las fosas comunes, identificados e inhumados en cementerios, según establecieron dos órdenes de 6 de mayo de 1939 y 1 de mayo de 1940 del Ministerio de Gobernación franquista.[126]

El reconocimiento de los desaparecidos no es en absoluto un fenómeno nuevo. Ya lo hicieron los golpistas, respecto de sus víctimas, desde el inicio de la sublevación. El 11 de noviembre de 1936, publican el Decreto n.º 67, en que se reconoce oficialmente la existencia de «desaparición de personas». Posteriormente, se dicta la Orden de 1 de mayo de 1940 (BOE 9/5/1940), firmada por Serrano Suñer, «sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos», término que en texto legal es sustituido por «horda roja», labores que quedaron bajo el control de los gobernadores civiles que otorgaban los permisos correspondientes, «para atender tan justas aspiraciones de los familiares de aquellos que gloriosamente cayeron por Dios y por España víctimas de la barbarie roja».

Pero la realidad de las personas desaparecidas, o mejor, detenidas y hechas desaparecer forzada o forzosamente por el franquismo es enorme y los datos aún no se conocen con exactitud. En el auto de 16 de octubre de 2008 del juez Garzón (Sumario 53/2008, Juzgado Central de Instrucción n.º 5) se cuantificaban en 114.266 personas, pero en el auto posterior de 28 de diciembre se situaban entre 136.062 y 152.237. Hace tiempo que la sociedad y, en particular, los familiares y descendientes de tantos miles de personas, ante tanto olvido institucional, comenzaron a reclamar y exigir justicia para esas víctimas planteando su localización, exhumación y dignificación. Porque, como se ha dicho recientemente, «el olvido es inadmisible, porque lo que se olvida es el sufrimiento acumulado» que debe ser «rememorado» para recuperar «la mirada de las víctimas».[127] Y las respuestas de los poderes públicos han sido, por lo general, tardías e

insuficientes. Particularmente, la del poder judicial, con muy limitadas excepciones. Pero, pese a tantas dificultades y al camino que queda por recorrer, es evidente que se ha avanzado lentamente en el proceso de localización de fosas y de restos humanos que permanecen en ellas y en su dignificación. No es en absoluto suficiente. Por ello, como ya hemos expuesto, es urgente una reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, en esta materia. Sin perjuicio de cumplir los compromisos de elaborar «un protocolo de actuación científica y multidisciplinar», el «mapa integrado» de fosas así como «convenios de colaboración» en relación a la localización e identificación de víctimas, dando cumplimiento a las previsiones de los artículos 12 a 14 de la ley.

Pero, en cualquier caso, el gobierno estatal está obligado a asumir un papel mucho más activo y eficiente del que describe el artículo 11 de la ley, como de estricta «colaboración» con los particulares. Como decía el ilustre penalista Gerardo Landrove, «a la desaparición siguen la tortura y la impiadosa ejecución extrajudicial; así, la "desaparición" mantiene en secreto la suerte de las víctimas y la identidad de los victimarios, encubriendo su ejecución, al tiempo que la ejecución perpetúa el estado de desaparición. Se pretende, en definitiva, que al no haber preso, ni cadáver, ni víctima nadie puede ser acusado de nada». Ante esta realidad, que se practicó de forma planificada y continuada desde las más altas instancias de los sublevados en 1936, el Estado no puede permitir por más tiempo que la recuperación de dichas víctimas quede en manos de los particulares. Ya no puede seguirse planteando la respuesta legal como la satisfacción de una «muy legítima demanda de no pocos ciudadanos, que ignoran el paradero de sus familiares», como se dice en el preámbulo de la ley.[128] La evidente naturaleza delictiva de los hechos determinantes de las desapariciones lo impide. Y lo reclamaba implícitamente el Consejo de Europa: «El gobierno español debe beneficiarse del pleno apoyo de la comunidad internacional para localizar y abrir las fosas comunes, cuyo número se estima en varios centenares, donde fueron enterradas en los años 30 las víctimas de los escuadrones de la muerte franquistas».

En primer lugar, el derecho internacional humanitario así lo exige. A este respecto, es necesario hacer especial mención de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147 (de 16 de diciembre de 2005, publicada 21 de abril de 2006) relativa a los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones». El concepto de víctima, claramente aplicable a los desaparecidos y sus familiares, se define en dicha resolución: «V. Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario:

> 8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.
>
> 9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

Sin embargo, la Ley 52/2007 no aborda el cumplimiento de obligaciones jurídicas derivadas de las infracciones o vulneraciones graves y sistemáticas de derechos humanos básicos cometidos no importa por qué ejército, autoridades, grupos o personas durante la guerra civil y durante los posteriores años de dictadura franquista, especialmente en relación con la desaparición forzosa de personas, cautivas o en libertad, así como víctimas combatientes y no combatientes desaparecidas durante la contienda bélica. Estas violaciones de normas relativas a derechos humanos, lo son también del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y, como tales, generadoras, según establecen

estas mismas normas, de varias clases de obligaciones y responsabilidades internacionales.

Una de las insoportables secuelas que los familiares de los desaparecidos han tenido que afrontar fue cómo procedían a inscribir en el registro civil su defunción, evidentemente fuera de plazo, inscripción que constituía un requisito ineludible para estar legitimados para la percepción de ciertas prestaciones económicas. Pero, una vez más, la decisión judicial, en términos generales, fue negativa y causó incalculables perjuicios.

Cabe citar dos de estas resoluciones como ejemplo de las resistencias del poder judicial a facilitar el acceso al registro civil de los familiares de las víctimas del franquismo.

El 2 de agosto de 2005, la juez encargada del registro civil de Posadas (Córdoba) dictó auto por el que denegó la autorización solicitada por el Foro Ciudadano para la Recuperación de la Memoria Histórica de Andalucía para «la consulta de los libros de defunciones correspondientes al periodo de 1930 a 1955», razonando, entre otras consideraciones, que la finalidad institucional del registro civil, circunscrito a la publicidad del estado civil de las personas, el derecho fundamental a la intimidad y las restricciones establecidas en la legislación registral respecto de la publicidad de sus asientos, orientadas a preservar la finalidad y derecho antes expresados, podrían quedar frustrados en caso de estimar tales peticiones. El Foro Ciudadano interpuso recurso ante la Dirección General de Registros y Notariado que fue estimado por resolución de 26 de marzo de 2007, obligando a dicha juez a acceder a lo solicitado. El fundamento de esta resolución fue, entre otros, que «han transcurrido más de cincuenta años desde la fecha de la muerte y hoy en día no se considera deshonroso que esta se haya producido, por motivos políticos, como consecuencia de la represión de la guerra civil. Además la interesada alega que su interés obedece a una investigación y estudio de los hechos acaecidos en la guerra civil y posguerra, y para esta investigación le es útil obtener la prueba del contenido del Registro, siendo este interés aducido perfectamente congruente con los fines de la institución registral».

En el mismo sentido que la juez anterior se pronunció el juez del registro civil de Cabra (Córdoba).

A un familiar del desaparecido (su nieto), le constaba, por referencias de otros familiares, que su abuelo y un tío suyo habían sido «asesinados por los sublevados» el 25 de agosto de 1936 sin que estuviera inscrita su defunción, dado que sus cuerpos fueron ocultados en una fosa común. Presentó las correspondientes solicitudes para la inscripción de defunción el 7 de diciembre de 2010. El juez le pidió, de forma ofensiva e irresponsable, que llevase «dos testigos presenciales del asesinato» y «pruebas fehacientes del fallecimiento», setenta años después de ocurridos los hechos. Finalmente, por auto de 9 de febrero de 2011, deniega las solicitudes, contra el criterio del ministerio fiscal, que en este proceso ha sido precisamente un ejemplo de cumplimiento del mandato constitucional de «protección de las víctimas».

Para fundamentar su decisión, cita diversos preceptos de la ley y reglamento del registro civil vigentes y, sobre todo, resoluciones de la Dirección General de Registros de 3 de febrero de 1991 y de 26 de febrero de 1980, que permitían una interpretación más acorde con la realidad planteada y desde una interpretación de las leyes ajustada a la protección de las víctimas. Lo que en ningún caso podía afirmarse como argumento contra el «promotor» de las solicitudes es que, respecto de hechos ocurridos en agosto de 1936, «no se han aportado datos fehacientes que pueden aseverar la muerte de Francisco Gómez Barranco, toda vez que la prueba la basa en dos libros, novelas históricas o de investigación que no prestan en ningún momento la certeza necesaria sobre la muerte que se pretende acaeció». [129]

Y, en cuanto a los testigos que reclamó, es necesario reproducir la argumentación judicial: «En relación a la prueba testifical practicada, se ha de tener en cuenta que los testigos aportados, que evidentemente y por el tiempo transcurrido, son testigos indirectos o de referencia, declarando sobre hechos que no han presenciado y que las noticias les han llegado de anteriores generaciones; por lo que no existiendo por tanto certeza alguna

sobre la ocurrencia de la misma [la defunción], procede desestimar el presente expediente, sin perjuicio de poder instar el promotor el correspondiente expediente de declaración de fallecimiento previsto en el Código Civil». Los comentarios resultan innecesarios. En este caso, no se interpuso recurso ante la referida dirección general.

En todo caso, para hacer frente a ciertas carencias legislativas y resolver definitivamente este vacío legal, que tantos perjuicios personales estaba causando, el grupo parlamentario ER-IU-ICV planteó una enmienda durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley del registro civil. En estos términos:

> En el plazo máximo de seis meses desde la publicación de la presente Ley se regulará reglamentariamente el procedimiento administrativo mediante el que se facilite, respecto de las personas víctimas de la guerra civil o de la dictadura franquista:
>
> – La inscripción en el Registro Civil de aquellas personas que hubieran sido desaparecidas y sus datos no constaran en el Registro Civil.
>
> – La rectificación de los datos y circunstancias relativas a la causa de fallecimiento que pudieran aparecer en el mencionado Registro.
>
> – El asesoramiento jurídico gratuito a las familias de personas desaparecidas, al objeto de su correcta inscripción en el registro civil.
>
> El procedimiento deberá contemplar la posibilidad de que las solicitudes de inscripción o rectificación sean realizadas bien por parientes de las personas desaparecidas, bien por los ayuntamientos en los que hubieran estado censadas o empadronadas en algún momento de su vida. Asimismo deberá contemplarse la validez, a los efectos de acreditar la realidad de los datos que se pretenden inscribir, del máximo de documentos oficiales o de testimonios racionalmente accesibles.
>
> Las razones eran obvias. La constancia en el Registro Civil de todas las personas que debieron tener acceso al mismo es un elemento más de rehabilitación, reconocimiento y recuperación de la memoria histórica a favor de todas aquellas personas que, como consecuencia de su actitud de defensa de la legalidad republicana o de la recuperación de las libertades, fueron hechos desaparecer durante la guerra civil o con posterioridad a la misma.
>
> Hay constancia de que, pocos días después del inicio del golpe de Estado encabezado por Francisco Franco se dictaron instrucciones para que no se inscribieran en los registros civiles los fallecimientos de las personas asesinadas, con la clara intención de dejar el menor rastro posible del genocidio que estaban cometiendo. Es cierto que con posterioridad hubo la posibilidad de registrar la muerte de las personas asesinadas, siempre y cuando se hiciera constar que se les daba por «desaparecidos a consecuencia de la guerra», aceptando «falsear» la causa de la muerte, a cambio de recibir una pensión de viudedad o evitar realizar el servicio militar de sus hijos mayores, siendo frecuente la constancia de afirmaciones como las siguientes: «En choque con fuerza armada», «A consecuencia del bando de guerra» o simplemente «A consecuencia del Glorioso Movimiento Nacional».

> Asimismo, el Registro Civil es una fuente documental importante en cualquier proceso de investigación de la represión, para así poder analizarla y valorarla, pero también para poder ponerles nombre a las víctimas por lo que nos encontramos no solo ante un supuesto de justicia con las víctimas y sus descendientes, sino también ante una necesidad para el conocimiento futuro de lo ocurrido en nuestro país.

La enmienda fue parcialmente aceptada y se tradujo en varias disposiciones. En primer lugar, el artículo 40 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, admitió, aunque sin valor probatorio sino «meramente informativo», la «anotación registral» de «la desaparición». Y, si bien en el artículo 67 se establecen, si «el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado antes de la inscripción», los trámites necesarios para inscribir su defunción, la disposición adicional octava de dicha ley bajo el título «Inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura» dispone, y aquí radica la principal novedad de la reforma legal, lo siguiente: «El expediente registral, resuelto favorablemente, será título suficiente para practicar la inscripción de la defunción de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la represión política inmediatamente posterior, siempre que, de las pruebas aportadas, pueda inferirse razonablemente su fallecimiento, aunque no sean inmediatas a este. En la valoración de las pruebas se considerará especialmente el tiempo transcurrido, las circunstancias de peligro y la existencia de indicios de persecución o violencia». Precepto que acredita que ha habido que esperar setenta años para regular una de las muchas secuelas del franquismo, pese al daño moral y económico que la ausencia de una legislación clara sobre la materia estaba causando. Una prueba más de la pervivencia del franquismo.

Y ya ha obrado las primeras consecuencias jurídicas. La juez del registro civil de Archidona (Málaga), ante la solicitud de inscripción del fallecimiento fuera de plazo de tres personas, «que habían fallecido en la mañana de día 26 de agosto de 1936, en Cuevas Bajas a causa de muerte violenta por heridas producidas por armas de fuego, al inicio de la guerra civil española», acordó dicha inscripción, con fundamento en la referida reforma legal, por auto de 17 de abril de 2012, por entender que quedaban acreditados «con un grado de certeza moral, que excluye cualquier duda

racional, los hechos y circunstancias esenciales del fallecimiento» de cada una de dichas personas.

7

LAS DENUNCIAS POR LAS DESAPARICIONES FORZADAS. EL SUMARIO 53/2008 DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N.º 5

La Segunda República española representó el mayor esfuerzo modernizador y democratizador de España durante el siglo XX. Por tanto, no es extraño que la Ley 24/06, de 7 de julio, declarando 2006 como «Año de la Memoria Histórica» dijese en el preámbulo que la Segunda República española «constituyó el antecedente más inmediato y la más importante experiencia democrática que podemos contemplar al mirar nuestro pasado». Este era el Estado asaltado por el golpe militar de 17 de julio de 1936, dirigido por el general Franco, que las fuerzas rebeldes destruyeron implantando un Estado totalitario según el modelo entonces vigente en Alemania e Italia. Es ya evidente el papel que representó, desde los inicios de la sublevación, la violencia y la represión como elemento central de la política. Así se ha expresado por los historiadores que han estudiado en profundidad el ejercicio concreto de la represión en el conjunto de España: «la violencia fue un elemento estructural del franquismo. La represión y el terror subsiguiente no eran algo episódico, sino el pilar central del nuevo Estado, una especie de principio fundamental del Movimiento.»[130]

El procedimiento penal que ahora va a examinarse tiene una evidente trascendencia histórica por lo que debe ser conocido ampliamente por la ciudadanía. Como todo procedimiento, está integrado por iniciativas particulares u oficiales y decisiones y actuaciones judiciales de diferente signo. En este caso, consta de dos resoluciones judiciales de gran relieve jurídico, social y político, el auto de 16/10/2008 —además del de 18 de noviembre del mismo año— dictado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 en las Diligencias Previas 399/2006, luego transformado en Sumario 53/2008. El primero de ellos es el que inicia el proceso contra los crímenes del franquismo. Por primera vez en nuestra historia, un juez de instrucción, que tiene como función la investigación de los delitos, abría un proceso penal a los responsables de aquel golpe militar tratándoles como lo que fueron, delincuentes, como criminales, y aplicándoles, por tanto, el Código Penal. Esta era y continúa siendo su novedad radical.

Pero, además, tiene otras dimensiones muy importantes. En primer lugar, es la primera vez que los denunciantes, asociaciones por la recuperación de la memoria histórica y familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil y la dictadura encuentran una respuesta positiva de los tribunales, un juez que les otorga tutela y satisfacción de sus intereses como víctimas del franquismo. Respuesta que contrasta con la pasividad que, con limitadas excepciones, habían encontrado hasta ese momento en la magistratura. Por ello, no resulta extraño que el auto constate «que los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla».

En segundo lugar, los hechos denunciados fueron los siguientes: «presuntos delitos de DETENCIÓN ILEGAL basados en los hechos que se describen en las mismas, fundamentalmente por la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de guerra civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español». Y, a continuación, el auto describe el origen de los hechos denunciados, es decir, el referido golpe militar y el plan de exterminio que inmediatamente ejecutaron. Así lo hace: «la acción desplegada por las personas sublevadas y que contribuyeron a la insurrección armada del 18 de julio de 1936, estuvo fuera de toda legalidad y atentaron contra la forma de Gobierno [...] en forma coordinada y consciente, determinados a acabar por las vías de hecho con la República mediante el derrocamiento del Gobierno legítimo de España, y dar paso con ello a un plan preconcebido que incluía el uso de la violencia como instrumento básico para su ejecución». Plan que determinó «la detención ilegal, tortura, desaparición forzada y eliminación física de miles de personas por motivos políticos e ideológicos, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional». Y, entre las consecuencias inmediatas de la insurrección militar,

determinante de la resistencia de la República y una larga contienda militar, el juez destaca la atención que exigen las desapariciones forzadas de personas, aquellas que fueron ilegalmente detenidas y cuyo paradero aún se ignora. Según dicha resolución, los desaparecidos alcanzaban la cifra de 114.266. Lo dice así: «porque sigue habiendo víctimas y su derecho exige emplear todos los medios precisos para satisfacerlo y, especialmente, para hacer cesar la comisión del delito y los efectos derivados del mismo que solo tendrá lugar con la búsqueda y localización de los cuerpos de los desaparecidos».

Para llegar a una conclusión rotunda, con fundamento en los tratados internacionales ratificados por España, sobre la calificación penal de los hechos descritos: «La categoría de crimen contra la humanidad parte de un principio básico y fundamental, que estas conductas agredan en la forma más brutal a la persona como perteneciente al género humano en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada y el propio Estado de Derecho».

La resolución plantea los «principales escollos» jurídicos que podían presentarse para justificar la investigación judicial de ese crimen y la competencia de la Audiencia Nacional sobre el mismo. Cuestiones que, bajo el prisma fundamental de la protección de las víctimas, analiza y resuelve con el rigor jurídico necesario. Entre ellas, el carácter permanente de los delitos de detención ilegal y posterior desaparición. Criterio mantenido claramente por Naciones Unidas: «Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos». Que es, exactamente, la situación vigente en España respecto de tantos miles de personas. Como también analiza los límites de la ley preconstitucional de amnistía 46/1977 —que declaró la extinción de responsabilidad penal de «todos los actos de intencionalidad política»— y su inaplicabilidad a los delitos que no eran estrictamente «delitos políticos», como se describe en dicha ley, sino que alcanzan la

categoría de crímenes contra la humanidad, crímenes que no admiten leyes de «punto final».

La resolución judicial decide, con los fundamentos expuestos y otros complementarios, «aceptar la competencia por los presuntos delitos permanentes de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la Humanidad». Como delitos conexos o derivados de los cometidos durante y después del golpe militar, contra «los altos organismos de la nación y la forma de gobierno».

Como es sabido, el citado auto judicial del juez Garzón y otras de sus resoluciones determinaron la apertura por el Tribunal Supremo de un proceso penal contra él por un delito de prevaricación judicial, por entender injustificadamente —como luego se ha acreditado— que eran resoluciones «injustas». Después de su absolución, dicho auto judicial representa un pilar histórico de la respuesta judicial, social y política frente a la dictadura fascista, antecedente inmediato del actual sistema democrático de libertades. Pero, sobre todo, como han dicho las víctimas, esperanzadas en su día ante el proceso incoado gracias a sus denuncias: «El Estado de derecho tiene una deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y de la dictadura, que se debe enmendar a través del derecho de las víctimas a recursos efectivos como son el ejercicio del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, todos ellos pilares de cualquier Estado de derecho».[131]

LAS FORMAS DE DETENCIONES ILEGALES

Las denuncias presentadas ante jueces y fiscales a partir de la Constitución de 1978, por privaciones ilegales de libertad realizadas a partir del 17 de julio de 1936, han sido sustancialmente las siguientes:

1) Persona privada de libertad en su casa o fuera de ella por un grupo armado con uniforme de Falange, requeté o Guardia Civil y de la que no se volvió a tener noticias.
2) Persona privada de libertad en su casa o fuera de ella por un grupo armado con uniforme de Falange, requeté o Guardia Civil, ingresada en un centro policial o de la Guardia Civil y de la que, pasados unos días, ya no se volvió a tener noticias de la misma.
3) Persona privada de libertad en su casa o fuera de ella por un grupo armado con uniforme de Falange, requeté o Guardia Civil, que fue ingresada en un centro de detención o prisión y sin intervención de ninguna autoridad judicial civil o militar, fue sacada por la policía o Guardia Civil, o por un grupo de falangistas o requetés, de dicho centro de detención, sin que se volvieran a tener noticias de ella.
4) Persona privada de libertad en su casa o fuera de ella por un grupo armado con uniforme de Falange, requeté o Guardia Civil, puesta a disposición judicial civil o militar, sometida a procedimiento, y que antes de celebrar juicio alguno ni dictarse, en consecuencia, la oportuna sentencia, fue sacada del centro de detención o prisión sin volverse a tener noticias de la misma.

Ante hechos de esta naturaleza pueden realizarse las siguentes valoraciones para ayudar a calibrar las respuestas dadas por el poder judicial en nuestro país.

Estas privaciones de libertad se llevaron a cabo dentro de un plan generalizado y sistemático de represión y eliminación del oponente político, según se infiere de los documentos siguientes:

1. La Asociación por la Recuperación de la Memoria histórica (ARMH) en el escrito presentado ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU, el 20 de agosto de 2002, entre otros extremos afirma:

> En España, más de 30.000 cuerpos no identificados permanecen en fosas comunes. [...] Algunas de dichas fosas, como las de Mérida, tendrían a unas 3.500 personas, las de Oviedo, unas 1.600 personas, las de Gijón, 2.000, las de Sevilla, 2.500 personas, Teruel, 1.005 personas, y la lista se puede ir ampliando. En la inmensa mayoría de ellas se encuentran los cadáveres de españoles desaparecidos tras ser arrestados por grupos armados afines al general Franco, cuando tomaron el control de la zona. En varios otros casos, fueron desaparecidos encontrándose en manos de agentes del Estado, meses después de haber concluido el conflicto armado y ya firmemente establecido el régimen del general Franco. Todos ellos eran sospechosos de participación, militancia o afinidad con el Estado Republicano.[132]

2. Antonio Ruiz Vilaplana, «abogado, presidente del Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales y Secretario del Juzgado de Instrucción de Burgos (capital de la España nacionalista) Secretario Instructor de la Comisión de Incautación de Bienes y del Tribunal Industrial de Burgos y Oficial Letrado del Tribunal de Cuentas de la República»,[133] en el capítulo IV de su obra titulada *La «limpieza social»*, recoge entre otras las siguientes afirmaciones:

> En Burgos, al día siguiente de la proclamación del estado de guerra, fueron detenidos y fusilados después, todos los directivos de las organizaciones y Casas del Pueblo, tanto de la capital como de los pueblos, aún de los más modestos. Esta persecución alcanzaba, no solamente a los ejercientes en los cargos, sino a todos aquellos que habían desempeñado los puestos en épocas anteriores; se hizo una rebusca de archivos y ficheros y todos los afiliados y aun meros cotizantes, eran detenidos y juzgada su actuación entre la pasión y fiebre política dominantes. Algunos, escasos, pudieron escapar de sus domicilios, escondiéndose en lugares extraños y a veces inverosímiles, por su ingenuidad.[134]

3. El historiador Francisco Espinosa, en el capítulo «Julio 1936. Golpe militar y plan de exterminio», en *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la*

dictadura de Franco,[135] afirma:

> En la zona sublevada donde la represión se planificaba y donde la jerarquía y la disciplina fueron absolutas, los crímenes se produjeron en todo momento con el conocimiento de las autoridades, por medio de fuerzas designadas para la ocasión por esas mismas autoridades e incluso con un cura confesor entre el camión y el paredón.

Este historiador llega a esa afirmación en base, entre otros, a los documentos y afirmaciones que se recogen a continuación:

3.1. El general Yagüe, en el plan para Marruecos, el 30 de junio de 1936, dos semanas antes del día clave para el golpe militar, siguiendo las «Instrucciones Reservadas» del general Mola, y sus «Directivas para Marruecos» de 24 de junio de 1936, las concreta en:

- Utilizar las fuerzas moras Regulares, Mehal-las, Harkas y Policía indígena.
- Conferir el mando del orden público y seguridad en las ciudades a elementos de Falange.
- Detener a las autoridades españolas que sean sospechosas.
- Clausurar todos los locales de reuniones públicas, tales como centrales sindicales, logias masónicas, sedes de partidos, casas del pueblo, ateneos.
- Eliminar los elementos izquierdistas: comunistas, anarquistas, sindicalistas, masones, etc.[136]

3.2. José María Pemán dice en su arenga de 24 de julio de 1936 en la zona rebelde:

> La guerra, con su luz de fusilería, nos ha abierto los ojos a todos. La idea de turno o juego político, ha sido sustituida para siempre, por la idea de exterminio y expulsión, única salida válida frente a un enemigo que está haciendo de España un destrozo como jamás en la historia nos lo causó ninguna nación extranjera.[137]

3.3. Victoriano Aguilar Salguero, jefe de milicias de Falange de Badajoz en el verano del 36, implicado en la desaparición de un maestro socialista en Torremayor (Badajoz) sobre la que se abre una investigación (sumario) por su parentesco con un falangista sevillano, declara abiertamente su intervención en los hechos:

> A tenor de las órdenes recibidas de fusilar a todos los individuos dirigentes o de marcada significación izquierdista, culpables del estado anárquico en que se encontraba España.[138]

3.4. Otro falangista, de mayor rango aún (según el historiador Espinosa), José Sardiña Peigneux, llega a afirmar en el mismo sumario que él personalmente escuchó a Yagüe en Lobón (Badajoz) decir que:

> Había que limpiar los pueblos de las inmediaciones que se fueran liberando, pero no sin antes convencerse de que eran individuos peligrosos como marxistas.

Y ese mismo declarante recuerda que en cierta ocasión en que llevaron desde Talavera La Real (Badajoz) a un «sujeto peligrosísimo» ante el teniente de la Guardia Civil Manuel López Verdasco, este les dijo:

> Que para qué se habían molestado en traerlo a Badajoz, dando órdenes a unos guardias para que les indicaran el sitio de costumbre y lo ejecutaron.[139]

3.5. Según documento obrante en la «Causa General» el alcalde de Reina (Badajoz) dirige un oficio al fiscal instructor de dicha provincia, del siguiente tenor:

> Tengo el honor de participar a V.S. contestando a sus oficios de 22 y 28 de marzo último y 20 del corriente mes, que de los antecedentes adquiridos por los Agentes de la Autoridad resulta que en este término municipal existen los restos de los individuos no identificados que a continuación se expresan: En el sitio VALLE DE LA ZURANGA cerca del Cordel y a la derecha del Arroyo y a la izquierda de la carretera en una zanja fueron enterrados los cadáveres de siete hombres y en el mismo cordel uno. En la Hombría [*sic*] de la ALCORNOCOSA también se encuentra enterrado otro hombre. Detrás del cortijo de MALPICA y en dirección por cima de la Fuente se encuentran enterrados los cadáveres de cinco hombres. Y en un cerro junto al MOLINO DE LA LOBITA existe igualmente enterrado el cadáver de otro hombre. Los cadáveres a que me refiero fueron enterrados en el mes de agosto de 1936 en zanjas que fueron abiertas para este fin y desde entonces hasta la fecha no hay noticias de que a las sepulturas mencionadas les [*sic*] haya tocado nadie ni los restos hayan sido sacados por ningún animal, como están en el campo desde luego no reúnen condiciones de seguridad aunque en la parte de salubridad no están afectadas. Dios guarde a V.S. Muchos años. Reina 26 de Mayo de 1941. El Alcalde [ilegible].[140]

3.6. El día 4 de noviembre de 1936, Queipo de Llano escribe al general José López-Pinto, máxima autoridad golpista en Cádiz, al que le dice:

¡Esto se acaba! Lo más que durará son diez días. Para esa fecha es preciso que hayas acabado con todos los pistoleros y comunistas de esa.[141]

3.7. El Decreto n.º 67, de 16 de noviembre de 1936, sobre inscripción de desaparecidos, dice:

Consecuencia natural de toda guerra es la desaparición de personas, combatientes o no, víctimas de bombardeos, incendios u otras causas con la lucha relacionadas.[142]

4. El historiador Josep Fontana, en su obra *España bajo el franquismo*, recoge que en la instrucción reservada n.º 1, firmada el 25 de mayo de 1936 por el general Mola, se dice:

La acción insurreccional ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo, que es fuerte y bien organizado.[143]

5. Este mismo historiador también se hace eco del Bando de Queipo de Llano, dado en Sevilla, de 23 de julio de 1936, en el que se dice:

En todo gremio que se produzca una huelga o un abandono de servicio, que por su importancia pueda estimarse como tal, serán pasados por las armas inmediatamente todas las personas que compongan la directiva del gremio y además un número igual de individuos de este, discrecionalmente escogidos.

Y si se comprobaba que en algún pueblo se habían realizado «actos de crueldad contra las personas» decía también dicho bando:

Serán pasados por las armas, sin formación de causa, las directivas y organizaciones marxista o comunista que en el pueblo existan y caso de no darse con tales directivos serán ejecutados un número igual de afiliados, arbitrariamente elegidos [...] sin perjuicio de castigar, además, a los culpables efectivos de tales actos de crueldad contra las personas.[144]

6. También el profesor Fontana recoge en su obra el texto literal del oficio que el 13 de agosto de 1936 el juez de instrucción de Peñaranda de Bracamonte (Salamanca) remite al juez municipal de la localidad:

Por el Iltmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial, se traslada a este Juzgado de Instrucción la Orden del Excmo. Señor General de la Séptima División, de 10 del actual, que dice así: «Las circunstancias actuales que de hecho y de derecho determinan la situación de campaña obligan a simplificar trámites en lo concerniente a actuaciones para levantamiento y reconocimiento pericial de cadáveres de individuos presuntamente fallecidos por choque con la fuerza pública debiendo en estas causas limitarse la actuación de los Juzgados tanto militares como civiles, a ordenar rápidamente su traslado a los depósitos correspondientes donde serán identificados y reconocidos a los fines de certificación de fallecimiento y referencia solamente del aspecto exterior del mismo sin práctica de autopsia, procediéndose lo más pronto posible a su enterramiento. Lo que traslado a V. para su debido conocimiento y cumplimiento en todas sus partes, acusando recibo seguidamente. Peñaranda de Bracamonte a 13 de Agosto de 1936. (Firma ilegible)».[145]

7. El diario norteamericano *Chicago Tribune*, de 28 de agosto de 1936, en la página 2, publica la entrevista mantenida por el periodista Jay Allen con el general Franco, parte de cuyo diálogo es:

—¿Entonces no hay tregua, no es posible algún compromiso?

—No. No, decididamente, no. Nosotros estamos luchando por España. Ellos luchan contra España. Lo conseguiremos a cualquier precio.

—Tendrá que matar a media España —dije.

Giró la cabeza, sonrió y mirándome fijamente respondió:

—He dicho que al precio que sea.[146]

8. El historiador Ronald Fraser, en su obra *Recuérdalo tú y recuérdalo a otros. Historia oral de la guerra civil española*, recoge la valoración que le hizo un fiscal del Tribunal Supremo, amigo de Queipo de Llano:

Pero que quede bien claro: tuve la oportunidad de ser testigo de la represión en ambas zonas. En la nacionalista, era planificada, metódica, fría. Como no se fiaban de la gente, las autoridades imponían su voluntad por medio del terror. Para ello cometieron atrocidades. En la zona del Frente Popular también se cometieron atrocidades. En eso ambas zonas se parecían, pero la diferencia reside en que en la zona republicana los crímenes los perpetró una gente apasionada, no las autoridades. Estas siempre trataban de impedirlos. La ayuda que me prestaron para que escapara no es más que un caso entre muchos. No fue así en la zona nacionalista. Allí fusilaron a más gente, estaba organizado científicamente.[147]

9. El historiador Julián Casanova, en su trabajo «La paz de Franco», en la obra *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, afirma:

La operación de limpieza tuvo un trasfondo militar y religioso perfectamente compatible con alucinantes teorías de racismo eugenésico importadas de la Alemania nazi. Franco veía esa guerra de exterminio como un «castigo espiritual, castigo que Dios impone a una vida torcida a una historia no limpia». Uno de sus oficiales de prensa, el terrateniente y capitán del Ejército, Gonzalo de Aguilera, le contaba al periodista norteamericano John Whitaker que había que «matar, matar y matar» a todos los rojos para librar a España del «virus del bolchevismo«, de las «ratas y piojos», «exterminar un tercio de la población masculina», limpiar el país de proletarios y acabar así de golpe con el paro. Y el doctor Antonio Vallejo-Nájera, director del departamento de los Servicios Psiquiátricos del Ejército de Franco, primer catedrático de Psiquiatría que tuvo la Universidad de Madrid, quería ver otra vez a la «raza hispano-romano-gótica», una raza «invasora y dominante imperialista», libre de las ideas «extranjeras» que le habían convertido en una «raza inferior y degenerada».[148]

10. En la «Causa General»,[149] en relación al juez de instrucción de Calamocha Vicente Martínez Alhambra, obra la siguiente:

Diligencia.- En Zaragoza a treinta y uno de Julio de mil novecientos cuarenta y uno. Para hacer constar que con fecha treinta y uno de Julio de mil novecientos cuarenta y uno se recibe informe del juez de 1ª Instancia e Instrucción de Calamocha, expresando la total adhesión a nuestro Movimiento del que fue juez de aquel partido Don Vicente Martínez Alhambra, el cual fue denunciado vilmente ante las Autoridades nacionales motivando su fusilamiento; comprobándose posteriormente la falsedad de la denuncia y rehabilitándose su memoria, a la par que se castigaba a los culpables con todo rigor. Como tanto el informe aludido como en las actuaciones que motivaron los datos que contenía pudiera dar lugar a la incoación de nuevas actuaciones, se remite todo lo referente a este incidente, por otra parte ajena a la Causa General, a la Superioridad en consulta y a los efectos que estime más procedentes. Doy fe.

Asimismo obra en dicha «Causa General» oficio del comandante del puesto de la Guardia Civil de Caminreal (Teruel) de 29 de octubre de 1941, dirigido al fiscal instructor de la «Causa General», con el siguiente contenido en relación a los pueblos de El Poyo, Fuentes Claras y Bañón:

Al iniciarse el Alzamiento Nacional hubo en los primeros momentos algo de incertidumbre, si bien al personarse la fuerza del Cuerpo, todo el pueblo reaccionó seguidamente en favor de este, procediendo al cambio de la Gestora, a publicar el bando de guerra y procediendo a la recogida de armas de las escasas personas que había de izquierdas, entregándose estas y las que había depositadas en la Casa Cuartel a los elementos de derechas.

Añadiéndose respecto al pueblo de Fuentes Claras:

Al Tte. Alcalde Antonio Plumé Ramos [...] se le aplicó el Bando de Guerra.

Y respecto al de Bañón:

A Eusebio Simón Barrado [...] se le aplicó el Bando de Guerra.

11. En el BOE n.º 17 de 11 de noviembre de 1936, aparece publicado el Decreto n.º 67, en que se reconoce oficialmente la existencia de «desaparición de personas»:

Consecuencia natural de toda guerra es la desaparición de personas, combatientes o no, víctimas de bombardeos, incendios u otras causas con la lucha relacionadas, acaeciendo que, no obstante la certeza del óbito, la identificación de los cadáveres, ya por ser desconocidas las personas en el lugar en que su muerte ocurriera o por aparecer deformes o descompuestos, resulta labor imposible.

Estas circunstancias, que motivaron últimamente el Decreto de 19 de mayo de 1923, demandan ahora con más intensidad la adopción de una medida análoga tendente a facilitar la Inscripción de ausencias, desapariciones o fallecimientos, con objeto de que las relaciones patrimoniales y familiares puedan normalizarse sin aquella demora que impondría la observación de preceptos notoriamente inadecuados en el presente caso.

A este efecto.

DISPONGO:

Artículo primero. La inscripción del fallecimiento *o la de desaparición de personas, ocurridas con motivo de la actual lucha nacional contra el marxismo, fueran o no aquellas combatientes*, se verificará en el Registro civil del último domicilio, y si este no constase en el de la naturaleza del individuo de que se trate, lográndose una u otra mediante un expediente que habrá de tramitarse ante el juez de primera Instancia competente.

Artículo segundo. Transcurridos que sean cinco años desde la inscripción de los desaparecidos, el juez que la decretara, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte conforme a lo ordenado en los artículos ciento noventa y uno y siguientes del Código Civil.

Artículo tercero. Por la Comisión de Justicia, dependiente de la Junta Política del Estado se redactarán las órdenes oportunas para el desenvolvimiento y cumplimiento de lo decretado.

Dado en Salamanca a ocho de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

FRANCISCO FRANCO

12. En el «Informe (*Amicus curiae*) sobre derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos cometidos en España durante la guerra civil y la dictadura» suscrito en Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, el

día 30 de abril de 2008, por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez en nombre y representación de la Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), se afirma:

> Las órdenes impartidas en España desde 1936 por los insurrectos y por la dirigencia que les reemplazó, mediante bandos militares, decretos y otros medios dirigidos a mantener y repetir en el tiempo estas conductas criminales acreditan también que no fueron crímenes ejecutados en su solo acto, ni en un corto periodo de tiempo, *sino que fueron sostenidos en el tiempo repitiéndose con mayor o menor intensidad*, en horrenda sucesión, desde la fecha de la insurrección, respondiendo a un plan premeditado y, como se expuso, *ocasionando a las víctimas daños y lesiones inhumanos y severos, que aún perduran*.[150]

En el momento de realización de los hechos denunciados, la privación ilegal de libertad denunciada constituía un delito de *detención ilegal,* previsto y penado en el art. 474 del Código Penal promulgado el 5 de noviembre de 1932 y que entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año. Y asimismo podría ser calificada como «crimen de guerra» en el momento de ser realizados los hechos. No puede olvidarse que

> el «Bando de guerra» de 28 de julio de 1936 tras el fallido golpe militar contra el Gobierno constitucional de la República el 17-18 de julio de 1936, el «estado de guerra» se prolongó al menos hasta 1945, según se infiere de los razonamientos contenidos en el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 7 de abril de 1948. Y, de otro lado, tales privaciones de libertad también podrían ser calificadas de «desapariciones forzosas» o de «crímenes de lesa humanidad» del art. 607 bis del Código penal vigente , dado que las detenciones se practicaron dentro de un plan generalizado y sistemático contra una población civil, dados los hechos y documentos recogidos en la valoración precedente. O, en su caso, serían constitutivas de un delito de «detención ilegal» de los artículos 163 y 166 del Código penal vigente.

En el Anexo 6 exponemos los razonamientos técnico-jurídicos que sustentan estas calificaciones con los apoyos doctrinales y jurisprudenciales correspondientes, así como su carácter de «delitos permanentes» y sus consecuencias.

Delitos ni prescritos ni amnistiables

A modo de resumen, podría decirse que a las privaciones ilegales de libertad realizadas a partir del golpe de Estado de 1936, dado su carácter de delito permanente, no les son aplicables la prescripción, ni la Ley de Amnistía de 1977 como causas de extinción de responsabilidad penal. Ni se plantea tampoco problema alguno de retroactividad penal si se aplicase el art. 607 bis del Código penal vigente, pues todavía se siguen cometiendo, al menos, hasta que el detenido aparezca vivo o se acredite científica y

jurídicamente su fallecimiento tras las averiguaciones pertinentes y subsiguiente exhumación e identificación de sus restos.

En el fondo, este parece ser el sentir del legislador penal de 1995, cuando busca una redacción al vigente art. 166, intentando obviar las críticas de inconstitucionalidad que se hicieron al art. 483 del texto refundido del Código penal de 1973. La Audiencia Nacional en la sentencia del «Caso Grapo-Publio Cordón» afirma con rotundidad: «No hay en el precepto sospechas de muerte, ni siquiera de atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad».

Todo ello, al margen de que pueda ser perfectamente viable la interpretación doctrinal de que el art. 607 bis no es una incriminación que se introduce, *ex novo*, en 2003, en el derecho interno de nuestro país, sino la declaración formal de un derecho penal preexistente, dada la compatibilidad establecida tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 7.2) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 15.2) entre el principio de irretroactividad penal y el hecho de castigar a una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, fuese criminal «a la luz de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas», lo que conduciría a la imprescriptibilidad de los delitos cometidos y la inaplicabilidad de la ley de Amnistía de 1977. Y ello, aunque el Estado español no haya ratificado todavía la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968.

Desentendimiento casi total del arco parlamentario

La publicación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre demuestra el desentendimiento casi total del arco parlamentario de un abordaje serio y

completo de la solución al problema de las víctimas de los graves crímenes de la guerra civil y la dictadura franquista, al optar dicha ley, de un lado, por la vía casi exclusiva de la beneficencia «del pedid —con pruebas— y se os dará»[151] y de otro, por la mera declaración de ilegitimidad, y no de la nulidad de las sentencias penales dictadas en aplicación de una legislación específicamente represora que, sin embargo, se deroga expresa y formalmente, expulsándola del ordenamiento jurídico, veintinueve años después de la aprobación de la Constitución.[152]

Respuesta de los jueces de instrucción y audiencias provinciales

De otra parte, las denuncias formuladas, mayoritariamente por asociaciones memorialistas, desde finales de los años noventa hasta hoy, han tenido como respuesta de los juzgados de instrucción y Audiencias Provinciales que los posibles delitos estaban prescritos y que además les eran aplicables las Leyes de Amnistía, con el archivo «a límine» de tales denuncias, es decir, sin practicar diligencia ninguna de investigación de los hechos delictivos, búsqueda de pruebas e identificación de posibles autores de los mismos, salvo escasísimos casos, en que se ha «colaborado» en la exhumación y entrega a los familiares de los restos encontrados.[153]

Al margen de que determinadas afirmaciones —bienintencionadas pero jurídicamente desafortunadas— contenidas en los escritos de «denuncia» de no tener un afán vindicativo sino «únicamente» de recuperar los restos de sus familiares con la exhumación solicitada, tales resoluciones judiciales de archivo, y subsiguiente posicionamiento pasivo del Ministerio Fiscal —al no interponer recurso alguno contra las mismas— son también demostrativas de que los jueces seguían incumpliendo su función de garantes de los derechos de los ciudadanos fijada por la Constitución de 1978. No consta que, desde que entró en vigor la Constitución, algún fiscal presentara denuncia o un juez de instrucción iniciara, de oficio, un procedimiento penal por los hechos que paulatinamente iban siendo

denunciados, con datos muy concretos, por los historiadores en sus trabajos publicados, o referidos en los medios de comunicación. A lo sumo, si se encontraban accidentalmente algunos restos de huesos humanos en parajes inhóspitos donde habían sido enterrados o abandonados y se daba cuenta al juzgado de instrucción del partido judicial correspondiente, el juez tras la diligencia de levantamiento del cadáver e informe del médico forense que databa la fecha de la muerte a partir del levantamiento militar de 1936, archivaba el procedimiento o se limitaba a darle el trato de mero resto arqueológico.

Es cierto que el «olvido», y el «mirar solamente hacia el futuro» que se veían como necesarios durante la transición de la dictadura a la democracia, han jugado una mala pasada también a los colectivos judicial y fiscal. A nuestro modo de ver, en dos sentidos: uno, que en ese ambiente de que «lo mejor era olvidar» resultaba difícil ponerse a valorar la perseguibilidad, al menos, de los delitos permanentes de la dictadura franquista, y por tanto, actuar «de oficio», a medida que aparecían publicados los trabajos de historiadores, incumpliendo así la obligación impuesta por los artículos 262 y 269 de la ley procesal penal.[154] Y en segundo lugar, cuando se han ido presentando algunas denuncias concretas ante los juzgados de Instrucción en las postrimerías del siglo XX y principios del actual por detenciones seguidas de desaparición, era más rápido y fácil acudir a las leyes de amnistía dictadas antes de la Constitución de 1978, cuando no aplicar un criterio material, pero nada jurídico, de «notorio fallecimiento» bien de los presuntos autores de la detención, bien de los detenidos, dado el tiempo transcurrido. Todo ello unido a la falta de interés institucional en proporcionar a los jueces y fiscales la posibilidad de una formación adecuada por entender que no existía tal necesidad partiendo del criterio dominante del entrecruzamiento de la amnistía y la prescripción. Y como tampoco se presentaron denuncias sobre estos hechos en las dos décadas siguientes a la vigencia de la Constitución, los jueces no se vieron obligados individualmente a una puesta al día de sus conocimientos jurídicos, unido a la desinformación que las Facultades de derecho durante el franquismo,

habían ocasionado, obviamente, a muchos futuros jueces y fiscales. Por miedo, en algunas cátedras, y por pura militancia fascista, en otras, más el posicionamiento cultural político que reinaba en el ámbito social/familiar de donde procedían la mayoría de los nuevos jueces. Y el empobrecimiento socio-cultural que suponía el enclaustramiento durante varios años preparando los temas a rendir ante los tribunales de oposiciones. No es de extrañar, por tanto, que algunas de las denuncias presentadas en los juzgados de instrucción recibieran un tratamiento procesal rayano en la ignorancia inexcusable,[155] haciéndose eco, en ocasiones, no de un criterio doctrinal o académico, sino de las valoraciones políticas realizadas en el parlamento español como uno de los fundamentos de su decisión («reavivar heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil»).[156]

Es más, cuando el magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.° 5 inicia el camino de cumplimiento de las prevenciones legales de nuestro ordenamiento jurídico procesal y penal, no solo se acuerda por la Audiencia Nacional la paralización del procedimiento penal abierto —Diligencias previas 399/2006 luego convertidas en Sumario n.° 53/2008— sino que, posteriormente y por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es acusado y juzgado por un delito de prevaricación, aunque luego se haya pronunciado una sentencia absolutoria tras casi tres años de duración del proceso y que analizaremos en el capítulo siguiente.

Ante denuncias como las que se relacionan, cabe preguntarse qué debe hacer un juez de instrucción, y en lo pertinente, qué debe ser realizado por el representante del ministerio fiscal, aunque también sería aconsejable que los letrados defensores de los denunciantes adaptasen su exposición de hechos a lo que es propio de un escrito de denuncia de una privación de libertad, sin referencia a que el fin perseguido con la misma es la mera recuperación de los restos del familiar. Aun así, el juez de instrucción que recibe la denuncia y el ministerio fiscal al que se le notifica la incoación del procedimiento penal correspondiente debe realizar lo siguiente:

Primero:

Leer el escrito o comparecencia de denuncia con detenimiento y sin los prejuicios heredados de la todavía inacabada transición democrática («necesidad de olvidar» y «no abrir de nuevo las heridas de la guerra civil»), pues se les está demandando justicia y no beneficencia; se les está interesando que averigüen la verdad judicial de lo realmente acaecido en ese caso concreto, y no que hagan un trabajo propio de historiadores.

Segundo:

Releer también con detenimiento el ya citado art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente desde 1882, que por su carácter vinculante está obligado a cumplir ineludiblemente. Y, en consecuencia, dicho juez de instrucción debe acordar que se realice la «comprobación del hecho denunciado», salvo que concurra alguna de las dos únicas salvedades que establece dicho precepto:

1ª) que el hecho denunciado no revista carácter de delito

2ª) que la denuncia sea manifiestamente falsa.

Tercero:

Si el juez considera que la denuncia es «falsa», es decir, engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad, incierta y contraria a la verdad, como se recoge en el diccionario de la RAE, y además de una falsedad «manifiesta», debe acordar no solo el rechazo de la misma y no dar lugar a la apertura del procedimiento penal investigador solicitado con su consiguiente archivo, sino además debe proceder contra la persona denunciante si apreciase que hay elementos suficientes para poderse afirmar la voluntad maliciosa de la misma. Sin embargo, resulta bastante improbable que los hechos denunciados en el modelo propuesto como hipótesis de este trabajo, puedan ser valorados, de plano, como denuncia falsa, sin más datos que la afirmación del modo y tiempo en que se produjo la privación de libertad del familiar del denunciante.

Cuarto:

Si por el contrario, los hechos resultan verosímiles, o sea, «creíbles por no ofrecer carácter alguno de falsedad», el juez debe analizarlos y hacer una primerísima valoración jurídica de los mismos, para determinar si revisten o no carácter delictivo y su calificación, sin perjuicio de que esta pueda/deba ser modificada en un momento posterior de la investigación. Y es aquí, en este momento procesal, donde realmente empiezan los problemas.

Quinto:

El hecho denunciado no debe, en principio, ser calificado más allá de un delito de «detención ilegal» a la vista del contenido del Capítulo I «De los delitos contra la libertad» del vigente Código penal.

Es cierto que en las denuncias se acostumbra a hacer referencia a que la persona detenida «fue ejecutada» o podía incluso aludirse a las «sospechas» de que puede encontrarse enterrada en el «barranco», «cuneta», «descampado» o «fosa común» de un lugar del partido judicial donde se presenta la denuncia.

Pero de estas solas manifestaciones en modo alguno puede estimarse que el delito denunciado sea el homicidio o asesinato de los artículos 138 y

139 del Código penal.[157] Falta la afirmación fáctica, categórica, no recogida en la denuncia, de que la persona detenida fue privada de la vida por quienes le privaron de libertad. Las meras sospechas afirmadas en la denuncia de que pudo ser fusilada y enterrados sus restos en dicho lugar, carecen de virtualidad jurídica suficiente para incoar inicialmente el procedimiento penal por homicidio o asesinato, cuando están al alcance del juez instructor posibles elementos probatorios directos, como pueden ser los restos hallados con la práctica de la exhumación pertinente, tras las previas y obligadas indagaciones policiales y técnicas sobre si se produjo la detención, permanencia o no en el cuartel de la Guardia Civil o depósito municipal o prisión, y concreción posterior del lugar donde se va a producir la excavación.

Y si aparecen restos y estos permiten determinar que son humanos y además presentan signos inequívocos, según los informes periciales correspondientes, no solo de la identidad de la víctima sino sobre la causa violenta de su muerte alevosa o con ensañamiento, solamente en este momento procesal, y no antes, podrá utilizarse por el juez instructor con todas sus consecuencias, que está ante unos hechos que pueden ser calificados de homicidio o asesinato.

Que tras la localización de la fosa, se acuerde el nombramiento del equipo científico-técnico integrado por forense, arqueólogo, antropólogo y personal auxiliar pertinente, para la preparación y posterior realización de la exhumación de los restos habidos de acuerdo con los protocolos que vienen utilizándose en nuestro país, siguiendo las directrices del *Manual sobre Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias* de Naciones Unidas (Nueva York, 1991) en concordancia con la normativa fijada casuísticamente en los arts. 340 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Requiriendo al denunciante, o la persona de la familia que se crea más idónea, para que manifieste si presta su conformidad a la toma de muestras genéticas necesarias para realizar un análisis de ADN a efectos de identificación y cotejo con los restos óseos indubitados que se exhumen.

Que una vez practicada dicha identificación, se pongan los restos a disposición del denunciante para su inhumación. Y en el supuesto de existencia de restos de varias personas, se remita la oportuna certificación de los datos necesarios al Ministerio de Justicia, para su registro centralizado como medio adecuado de propiciar otras posibles identificaciones de detenidos desaparecidos en el futuro.

Que se practique la correspondiente inscripción de defunción en el Registro Civil que corresponda.

Sexto:

Seguir estos pasos no es utilizar el procedimiento penal con una finalidad exclusivamente «prospectora», como ha dicho el Tribunal Supremo, ni mucho menos torticera o «torcida», como se ha venido manifestando judicial y extrajudicialmente. Es, sencillamente, el cumplimiento estricto de las disposiciones legales que regulan el «iter» procesal como garantía de todos cuantos intervienen en el procedimiento, no solo de los posibles autores (directos o mediatos), cómplices o encubridores, sino también de las víctimas o perjudicados por el delito. Y cumplir estos preceptos no puede ser valorado como «la instrumentalización del proceso para que desarrolle funciones parajudiciales o extrajudiciales ajenas a las que le son propias», según la estimación del juez José Luis Ramírez Ortiz al analizar el procedimiento penal seguido ante el Juzgado Central de Instrucción n.° 5 de la Audiencia Nacional.[158]

Séptimo:

Afirmar en una resolución judicial, como hizo el juez Varela con manifiesto error, que «en modo alguno es razonable estimar verosímil hoy que las personas privadas de libertad en el periodo acotado por el magistrado querellado (hasta 1952) han permanecido y permanecen privadas de libertad después de dicha fecha»,[159] entra de lleno en contradicción con otra situación judicial muy semejante, porque hoy en día, y en otro juzgado de la Audiencia Nacional, el Central de Instrucción n.° 4,

sigue abierto un procedimiento penal[160] en el que se dictó auto con fecha 27 de junio de 2008, donde se afirma que «en el presente supuesto nos encontramos ante la desaparición de Eduardo Moreno Bergareche («Pertur»), cuando el mismo se encontraba en Francia, siendo la última vez que se tienen noticias del mismo el día 23 de julio de 1976», para luego valorar si los hechos podrían estar o no prescritos: «siguiendo no solo dicha resolución,[161] sino la doctrina sentada por nuestra jurisprudencia sobre el delito permanente y el cómputo del periodo de prescripción en tales supuestos, y dado que continúan al día de hoy los efectos del delito, pues no se ha llegado a conocer el paradero de Eduardo Moreno Bergareche, dicho periodo de prescripción ni siquiera [h]a comenzado a computarse, por lo que, y en este punto, la querella también debe ser admitida».

Si además tenemos en cuenta que no existe doctrina sentada por la jurisprudencia en relación a marcar un límite de la duración de la vida humana, parece razonable preguntarse si los términos en que se pronuncia el magistrado Varela tienen el carácter absoluto que pretende dicho magistrado o si han sido realizados desde una perspectiva estrictamente jurídica, habida cuenta que ni siquiera se plantea la concreción del *dies a quo,* es decir del día en que a juicio del instructor debió empezar a contarse el plazo de prescripción. Téngase en cuenta que el magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.° 4 se refiere expresamente a «haber transcurrido casi 32 años desde que se tuvo conocimiento de la desaparición» y se remite a la doctrina jurisprudencial sobre el delito permanente. Si un periodo tan prolongado de 32 años no impide afirmar a dicho magistrado que el plazo de prescripción ni siquiera ha comenzado a computarse, parece razonable pensar que el mismo ha tenido en cuenta el riesgo de introducir para la admisión de la querella una calificación jurídica de homicidio o asesinato, que solo una investigación posterior puede hacer viable. Es más, en el supuesto previsto en el art.166 del Código penal se exige oír previamente a los posibles autores, cómplices o encubridores de la detención ilegal practicada sobre el paradero de la persona detenida.

Por tanto, afirmar que «falta la verosimilitud de la persistencia de la situación ilícita dado el tiempo transcurrido, bien porque el detenido haya sido puesto en libertad bien porque haya de suponerse que ha sido asesinado»,[162] es adelantar indebidamente un juicio valorativo sin practicar la investigación legalmente exigible que despeje precisamente si fue puesta en libertad o fue privada de su vida.

No debe olvidarse que la prescripción es un modo de extinción de la responsabilidad penal por un delito que se declara cometido y no es lo mismo para quien resulta denunciado (se conozca o no su identidad), que el delito atribuido sea una mera detención ilegal (por haberla dejado en libertad pasado un tiempo más o menos prolongado, o que el propio detenido haya recuperado la misma por sí o con ayuda de terceros) o que se trate de un homicidio o un asesinato. Una cosa es la extinción de la responsabilidad penal y otra la valoración personal y social de la explícita atribución de uno u otro delito. El denunciado o denunciados expresamente o que resulten identificados en un momento posterior, tienen derecho a poder ejercitar su derecho de defensa en relación no solo a su participación en los hechos, sino también al delito que se les atribuya.

Octavo:

Y cabe preguntarse también si la sola «verosimilitud» permite jurídicamente aplicar la prescripción en este momento inicial.

La posibilidad de alternativa de que se ha cometido un delito de detención ilegal únicamente, o bien un delito de homicidio o de asesinato solo o en conexión con el delito de detención ilegal, impediría, bajo una lógica procesal garantista, pronunciarse sobre una institución como la prescripción que si bien es apreciable de oficio,[163] sin embargo ha de partir de la afirmación de la existencia de un determinado delito ya cometido, por más que en cualquiera de los posibles supuestos de delito el plazo de prescripción sea superior al de mayor duración asignado por la ley. Los términos en que se pronuncia el Tribunal Supremo en las sentencias de 28-1-82 y de 12-7-1993, permiten afirmar que para alegar o apreciar la

prescripción de oficio debe existir previamente un procedimiento penal abierto donde *«se constate que concurren sus requisitos».* Como afirma Martin Brañas:[164] «la intención del legislador al diseñar la figura de la prescripción no es evitar un proceso, como ocurre con la cosa juzgada, sino dar al imputado un medio de defensa adicional que destipifica el hecho delictivo...».

Noveno:

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no es baladí, sino, por el contrario, indispensable, saber en qué momento se empieza a contar el plazo de prescripción, máxime cuando uno de los posibles delitos cometidos es de naturaleza permanente como es el de detención ilegal.

El factor tiempo, por muy prolongado que sea, no puede ser el único factor determinante para poder optar sobre la «verificabilidad» de la concreta relevancia penal de los hechos denunciados cuando, de un lado, no hay norma legal precisa para determinar, en el supuesto concreto, el momento del inicio del plazo prescriptivo y, de otro, cuando tampoco está perfectamente delimitada en los hechos denunciados la calificación jurídica penal, al presentarse como probables varias alternativas. Máxime cuando hay posibilidad de practicar determinadas pruebas que pueden ser determinantes de la correcta calificación jurídica del delito previa a la aplicación de la prescripción. Decisión que, no puede olvidarse, supone no el sobreseimiento provisional, como se ha acordado en algunas resoluciones judiciales, sino el sobreseimiento libre del proceso con todas sus consecuencias respecto a un delito concreto con remisión al precepto del Código penal donde está tipificado.

El ámbito de discrecionalidad en que puede moverse el juez (porque las normas procesales vigentes no deciden expresa y concretamente este problema por sí solas), no se extiende hasta el extremo de que puedan utilizarse «atajos valorativos» («falta la verosimilitud», «falta de relevancia penal» o «carece de plausibilidad») cuando hay al alcance del juez probables pruebas directas del hecho determinante.

Y lo que sí parece digno de ser tenido en cuenta es la unanimidad doctrinal y jurisprudencial ya señaladas anteriormente, sobre la condición de delito permanente de la privación de libertad de una persona, sin fijar límite exclusivamente temporal; sin duda, por lo difícil que resulta establecer un límite a la duración de la vida humana y las posibilidades múltiples que se derivan de una privación de libertad prolongada cuando se desconoce el paradero del detenido ilegalmente. Es más, lo que resulta verosímil de la denuncia es la afirmación de que el sujeto detenido no aparece, que no se han vuelto a tener noticias del mismo a partir del momento de la detención (en algunos casos por haber pasado luego la misma por un cuartel de la Guardia Civil, depósito municipal o prisión provincial o de partido), aunque existan «sospechas» de que sus restos puedan estar dentro del partido judicial del Juzgado Instructor, por los comentarios que a lo largo de los años se han venido oyendo, con el prolongado régimen dictatorial subsiguiente a la guerra civil que impidió obviamente su verificación.

Tal modo de proceder estaría en las antípodas de un auténtico sistema procesal garantista, pues se remitiría «mucho más a la autoridad del juez que a la verificación empírica de los supuestos típicos acusatorios», como señala Ferrajoli.[165] No debe perderse de vista que las reglas de juego procesal garantista protegen tanto los derechos de defensa del denunciado como la facultad/deber del Estado al castigo de las conductas punibles, pero también el derecho de la víctima o perjudicado por el delito a la tutela judicial efectiva del art. 24-1 de la Constitución para obtener, tras su denuncia al juzgado, verdad, justicia y reparación.

Y ello, además, porque habría que preguntarse si basta el juicio de «verosimilitud» para la aplicación de la prescripción o es preciso llegar a la «verificabilidad», pues si bien la primera opción se mueve en el ámbito de lo «creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad, o que tiene apariencia de verdadero»,[166] la segunda va un poco más allá, por cuanto implica «probar una cosa que se duda si es verdadera».[167] El juicio de «verosimilitud» puede ser utilizado para apreciar la no falsedad de unos

hechos denunciados con la consecuencia de que el juez viene obligado a la apertura del oportuno procedimiento penal por el citado art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, tal juicio de «verosimilitud» no parece suficiente para determinar la aplicación de la prescripción, que exige un juicio de «verificabilidad» que implica la necesaria práctica de diligencias de investigación encaminadas a probar los hechos que permitan su aplicación cuando, además, estos medios de prueba están al alcance del juez instructor, y no han sido afirmados de forma categórica en la denuncia.

Como afirma el profesor Queralt Jiménez analizando el vigente artículo 167 del Código penal: «Late en el fondo de esta previsión una creencia que tiene su base en tristes experiencias: si no aparece el detenido, se debe a que ha sido hecho desaparecer por el sujeto activo. Pero ello, aunque con fuertes visos de probabilidad, ha de ser probado por la acusación y no por la defensa, puesto que se trata de una prueba diabólica, como toda prueba de hechos negativos».[168]

Décimo:

La falta de medios personales o materiales a disposición de los juzgados y tribunales competentes, el mayor o menor volumen de asuntos que se tramitan en los mismos, o la complejidad técnica de los medios a utilizar para dicha verificación fáctica, o el criterio subjetivo de que se puede estar utilizando la justicia penal para conseguir unos objetivos que ya tienen señalado un camino a través de la Ley 52/2007, o finalmente, el cajón de sastre del llamado principio de economía procesal —convertido en ocasiones en «ley del mínimo esfuerzo»— no parece que puedan servir, en ningún caso, como elemento determinante de la decisión judicial de estimar «falta de verosimilitud» como se lleva a cabo por el juez Varela, sobre un hecho como la permanencia en situación de privación de libertad al día de hoy dado el tiempo transcurrido desde el momento inicial de la detención.

Quizá en esa toma de postura esté influyendo, de un lado, una inadecuada utilización de términos como «verosímil», «verosimilitud» o «plausibilidad» en el sentido reconocido por la Real Academia de la

Lengua. Y de otro, que tampoco dicha Ley 52/2007 excluye la plena viabilidad y licitud de la actuación jurisdiccional que se le atribuye erróneamente por el juez Varela, cuando tanto el art. 4°.1,[169] como la Disposición Adicional Segunda,[170] dejan patente el criterio del legislador sobre la compatibilidad de sus previsiones con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios o extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España.

Undécimo:

Que los denunciantes, en ocasiones, hayan expresado que no les mueven motivos de venganza y que lo que esperan de la justicia es que se les haga entrega de los restos de sus respectivos familiares, en su caso, no exonera al juez que recibe la denuncia de la detención de cumplir con el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La petición formal que están realizando tales denunciantes, pese a tales términos, es que se incoe el oportuno procedimiento penal por el delito de detención ilegal, y una vez abierto el mismo que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 de dicha ley procesal penal, aunque ni tan siquiera lo mencionen expresamente en su denuncia.

El conocimiento de la propia experiencia judicial ha podido constatar la valoración superficial del real alcance del art. 13 que se acaba de mencionar. La sociología judicial y la victimología nos alumbran sobre estas carencias formativas judiciales y fiscales.

Es ahí, en ese artículo 13 de la Ley Procesal Penal, donde se recoge como primeras obligaciones del juez instructor la de «consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer» y «la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y la identificación del delincuente». Asimismo la de «detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito», pero también la «de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo». Esta última obligación, que fue colocada por el legislador de 1882 en el primer lugar al enumerar las «primeras diligencias» que debe practicar

el juez instructor, fue trasladada al último lugar por el legislador de 1999, [171] pero tal cambio no parece que sea debido a una corrección de la importancia que quisieron darle los legisladores del siglo XIX al poner a los «perjudicados» en dicho lugar preferente. Como tampoco puede interpretarse que el legislador de 1999 se hiciera eco de la constatación de que los jueces y fiscales históricamente están mucho más preocupados por la comprobación del delito y la identificación del delincuente que por «dar protección a los perjudicados».

Y cabe afirmar que una manera de cumplir esta obligación judicial es poner fin a la angustia y sufrimiento de los denunciantes que llevan tantos años esperando poder conocer qué ocurrió realmente y en su caso recuperar los restos de la persona detenida, habida cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a calificar de tortura o trato inhumano contrario al Convenio europeo de Derechos Humanos esta situación de los familiares de detenidos-desaparecidos.

Ello al margen de que, a la vez, se da cumplimiento a la obligación de «consignar las pruebas» que están al alcance del instructor. Este sufrimiento arrastrado durante tantos años, hasta el punto de pasar de una generación a otra, debe asimismo ser valorado jurídicamente en cumplimiento del tan citado artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Proteger a los perjudicados por el delito no es mera filantropía o pietismo de algunos jueces hipersensibilizados, sino obligación impuesta a todos los jueces instructores desde el siglo XIX y por tanto, a instar su cumplimiento al ministerio fiscal. El proceso penal también sirve a esta finalidad protectora salvo previa «renuncia expresa y terminante» del perjudicado por el delito después de ser debidamente informado de su derecho de «restitución, reparación e indemnización» conforme a los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De otra suerte, el solo hecho de que haya dudas sobre cuál sea la concreta calificación jurídica de los hechos denunciados, si se está ante un delito de detención ilegal, ante uno de homicidio, ante uno de asesinato, o ante un delito concurrente de detención ilegal seguido de homicidio o

asesinato para todos o solo para parte de los intervinientes en la detención inicial —que no puede olvidarse es un delito permanente—, impide la aplicación *a limine* de la prescripción, es decir, sin la práctica de las diligencias de investigación suficientes para poder llegar a la calificación correspondiente, que es la que permitiría el acuerdo judicial final, en su caso, de «sobreseimiento libre» o de continuidad del proceso.

Duodécimo:

Y por los mismos razonamientos que se vienen haciendo respecto a la prescripción, tampoco puede ser aplicada *a limine*, sin que medie una investigación preliminar, la Ley de Amnistía 46/1977, dada la naturaleza asimismo sustantiva —además de procesal— de esta causa de extinción de la responsabilidad criminal y el carácter permanente del delito denunciado. En definitiva, hay que dar cumplimiento, en este caso, al mandato de la propia Ley 46/1977 en su artículo 9 que establece la obligación de los jueces y tribunales de que sus decisiones sobre su aplicación las adoptarán «de acuerdo con las leyes procesales en vigor».

Y ello con independencia de su carácter de ley preconstitucional, que obliga al juez instructor a valorar si la misma respeta o no los principios de justicia e igualdad que recoge la Constitución de 1978, y consiguiente inaplicabilidad por contraria a la misma o, en su caso, a no convertirla en «patente de corso» cuando se trata de delitos permanentes como en el presente caso analizado.

Decimotercero:

A la vista del resultado de las diligencias practicadas, será entonces (y no antes) el momento procesal de examinar si los hechos denunciados tienen «relevancia penal» por la aplicación o no de instituciones como la prescripción y la ley de Amnistía, y a la vista de los principios de legalidad e irretroactividad penales, teniendo en cuenta, en su caso, además, la virtualidad del Derecho Penal Internacional en nuestro Derecho interno, y las obligaciones internacionales asumidas por España.

Este es el criterio afirmado por el Secretariado de la Unión Progresista de Fiscales (UPF) en su Comunicado de 22 de octubre de 2008 respecto al momento en que pueden ser planteadas jurisdiccionalmente estas cuestiones.[172] Y el del fiscal César Estirado, miembro de UPF respecto a la aplicabilidad de la normativa del Derecho Internacional[173] respondiendo fundadamente a la pregunta que se formula al inicio de dicho informe: «Este trabajo trata de responder a la siguiente cuestión: ¿Son perseguibles los crímenes del franquismo cometidos tras el golpe militar del 18 de julio de 1936 durante la guerra civil y tras su finalización, en cuanto son tipificables como crímenes de lesa humanidad?».

8

EL PROCESO PENAL 20048/2009 CONTRA EL JUEZ GARZÓN

La sentencia de 27/2/2012 del Tribunal Supremo solo tiene un valor, la absolución del juez Garzón, prácticamente ineludible por la presión nacional e internacional. Así se ha restaurado la dignidad profesional de un juez que jamás debió haber sido sometido a ese proceso tan injusto. Concurren otros dos valores añadidos, la completa descalificación del juez Varela y de su aliado principal, el juez ponente de la causa, Adolfo Prego, y la derrota de las acusaciones impropiamente llamadas populares, de corte fascista.

Además de ello, la sentencia rezuma un profundo conservadurismo, ignorancia y hasta autoritarismo.

En primer lugar, debe recordarse que el día 24 de enero, inicio del juicio, la defensa del juez acusado planteó, como cuestiones previas, la violación de garantías y derechos de su cliente durante la instrucción de la causa. Principalmente, la falta de legitimidad de la acción popular y, sobre todo, la nulidad de pleno derecho de la acusación de Manos Limpias pactada irregularmente con el juez Varela. La Sala, brevemente, rechazó ambas alegaciones, «sin perjuicio de su posterior desarrollo argumental en la sentencia definitiva». La sentencia no aborda para nada estas cuestiones. El fallo absolutorio no le excusa de esta obligación, cuyo incumplimiento revela una falta de rigor y de respeto a la legalidad en el desarrollo de sus funciones. La cuestión no es baladí. Reconocer la validez de esa acusación permitió al Consejo General del Poder Judicial, con una interpretación abusiva de la ley, suspender al juez Garzón en sus funciones judiciales en mayo de 2010. ¿Quién y cómo repara ahora el inmenso daño causado ante una decisión tan precipitada como injusta?

Desde un punto de vista histórico, sorprenden los criterios tan superficiales y conservadores que se expresan en la sentencia. Mantiene esa equidistancia injusta y reaccionaria de no citar para nada la II República, como institución legítima destinataria del «golpe de Estado» de 1936. Y, paralelamente, se refiere varias veces a los «dos bandos» durante la guerra

civil y, en una ocasión, al «bando republicano». Denominaciones que no están presentes ni siquiera en la Ley de la Memoria Histórica y que representan una falta de respeto a quienes defendieron la República, como Estado legítimo, frente a la sublevación militar. Como resulta reprochable la falta de rigor histórico con que se refieren, sin matización alguna, a que «en los dos bandos se cometieron atrocidades». En este contexto, no es de extrañar que la sentencia llegue a sostener que la idea que «presidió la transición fue el abandono pacífico del franquismo». Ciertamente, la transición de la magistratura desde su mayoritaria complicidad con la dictadura a la democracia fue esencialmente pacífica, pero fue muy dolorosa y cruenta para muchos ciudadanos que sufrieron la violencia policial y de la extrema derecha en ese periodo.

Pero el primer reproche serio a esta sentencia es la omisión absoluta en los «hechos probados» de unos hechos criminales que estaban tratados ampliamente en el auto de 18/112008 por el juez Garzón. «30.000 niños que fueron secuestrados a sus madres en los establecimientos carcelarios del nuevo Estado o sustraídos de las instituciones donde habían sido asilados —fuera de España— por sus padres para protegerlos de la guerra, niños a los que se les alteró el estado civil para ocultar su verdadera filiación».[174] Por cierto, tampoco cita la cifra, al menos provisional, de las 114.266 personas desaparecidas. Demasiadas omisiones. Una expresión de cobardía, de no querer mirar la brutal realidad que es objeto de este proceso.

En segundo lugar, un reproche tan serio como el anterior. La sentencia parte de un presupuesto falso sobre las pretensiones de los denunciantes ante la Audiencia Nacional en diciembre de 2006. No pretendían, como sostiene la sentencia, «juicios de la verdad». No, en absoluto. Denunciaban hechos criminales, la detención y posterior desaparición de sus familiares, presumiblemente fallecidos. No era solo «el derecho a saber» o la «verdad histórica» sino, como decía una de las entidades denunciantes, «requerir a la Administración de Justicia para que asuma un papel activo en la localización de las fosas, exhumaciones...». Es decir que el juez procediera, como hizo el juez Garzón, en aplicación de la Ley Procesal que le obliga a

descubrir los hechos (presumiblemente delictivos, haya o no autor conocido, cuando se tiene conocimiento de una muerte «violenta o sospechosa de criminalidad», como ocurría en estos casos. Por otra parte, ya ha habido pronunciamientos judiciales como los acordados por el juez Garzón. Así lo acreditan los juzgados de instrucción que otorgaron amparo a las víctimas del franquismo para recuperar los restos de familiares desaparecidos.[175] Basta citar, entre otros, el Juzgado n.° 1 de Salas de los Infantes, que, además de autorizar «la exhumación de los restos óseos humanos» hallados en el paraje de Valdeabejas, razonó «que nuestro sistema actual está en tránsito de una Justicia meramente retributiva a una Justicia Restaurativa, que como su nombre sugiere, trata de ocuparse no solo de castigar..., sino que se ocupa también de reparar en la medida de lo posible a la víctima y sus allegados, compensando el daño sufrido...».

Otro grave reproche. El Tribunal Supremo no debe recordar que el art. 7 de la Constitución de la II República establecía que «El Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional, incorporándolas a su derecho positivo». España era parte de los convenios que contenían la llamada «Cláusula Martens» que decía así: «Los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de Humanidad y de las exigencias de la conciencia pública». En consecuencia, sí que había una norma positiva que exigía a las partes, los estados y sus agentes, un comportamiento ajustado a principios humanitarios que, evidentemente, los sublevados y luego la dictadura violaron abiertamente. Era el derecho vigente, salvo que el Tribunal Supremo entienda que la sublevación militar y sus bandos de guerra derogaron y sustituyeron la Constitución y las Leyes de la República.

Por otra parte, ha sido una constante del Derecho Internacional Humanitario entender que ciertos delitos, por su gravedad y dimensiones cualitativas y cuantitativas, eran siempre perseguibles, con independencia de su codificación, precisamente por atentar al género humano. De lo contrario, los responsables de los crímenes nazis no hubieran podido ser

perseguidos ni castigados, porque el régimen nazi, desde 1933 hasta 1945, no tipificó como delitos los asesinatos masivos en los campos de exterminio.

Además, el Convenio de Roma de 1950 y, después los Pactos de Nueva York de 1966, vigentes en España desde el 30/4/1977, proclamaban que la irretroactividad de la ley penal no era aplicable a delitos que, por su gravedad, atentaban contra el género humano. Los citados Pactos decían que nada se opone a su persecución y condena si los hechos «en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional». Tratado vigente en España cuando se aprobó la Ley de Amnistía 46/1977 y que impedía aplicarla a los hechos criminales que integraban el genocidio franquista, puesto que resultaban imprescriptibles.

Y, finalmente, dos apreciaciones. El Tribunal Supremo se niega a reconocer, con manifiesto error, que según el derecho internacional humanitario no solo es víctima la persona objeto de la desaparición forzada, sino también los familiares y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de dicha acción. Y, en segundo lugar, en los casos de desaparición forzada y secuestro y desaparición de niños, su permanencia en el tiempo, causa un severo sufrimiento a sus próximos y constituye un trato inhumano y degradante según el Convenio de Roma. Consecuentemente, los estados, y particularmente los jueces, están obligados a ampararles y repararles proporcionalmente al daño sufrido.

Dos conclusiones. Los jueces, desde luego, deben continuar aplicando la ley para otorgar tutela a las víctimas del franquismo para la localización de los desaparecidos. Y, desde luego, la consecuencia imperativa desde la «lógica de las víctimas» de la absolución del juez Garzón, debería haber sido la reapertura del Sumario 53/2008 por el Juzgado Central n.° 5 de la Audiencia Nacional.[176]

Para valorar adecuadamente el grave descenso de la credibilidad que ofrecen los jueces y tribunales y, en particular, las Salas de lo Penal (Segunda) y Militar (Quinta) del Tribunal Supremo, parece oportuno previamente partir de las siguientes afirmaciones casi axiomáticas.

Primera.- El poder político en una sociedad organizada, a semejanza de la materia, ni se crea ni se destruye, SOLO SE TRANSFORMA. Difícilmente se puede hablar de «vacío de poder»: siempre hay alguien que está dispuesto, solo o acompañado, a asumir el poder abandonado o arrebatado a otros. El ejemplo lo tenemos en nuestro país con la dictadura franquista.

Segunda.- Para que el poder político no sea tiránico o totalitario debe estar repartido y recíprocamente controlado. Recordemos el caso de Arnaldo, el molinero de «Sans Souci», quien ante las pretensiones del rey Federico II de Prusia, que quería ampliar los jardines del palacio/residencia de verano, se negó a vender sus tierras; y ante la afirmación del monarca —prototipo del despotismo ilustrado— «te las puedo tomar sin pagártelas», el molinero respondió: «Sí, pero hay jueces en Berlín».

Tercera.- El poder solo tiene sentido si se ejerce en garantía de los derechos de los ciudadanos, hasta tal punto que ya la Declaración francesa de 1789 de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableció en su art. 16 «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución». Nos sigue valiendo el ejemplo de los cuarenta años de dictadura fascista.

Cuarta.- Ahora bien, sin jueces formal y materialmente independientes, no puede haber Estado de Derecho, no puede haber auténtica democracia. El Estado debe, por tanto, proporcionar un efectivo estatuto de independencia a los jueces, y estos vienen obligados a devolver imparcialidad, ya que los ciudadanos lo que necesitan son jueces IMPARCIALES, equidistantes entre las partes en conflicto.

Pues, bien, partiendo de estas afirmaciones, puede concluirse que la verdadera legitimación de los jueces está no solo en cómo son nombrados y en su estatuto, sino de manera primordial en cómo cumplen diariamente su función garantizadora de los derechos de los ciudadanos. Es ahí donde el sistema judicial gana o pierde credibilidad, donde gana o pierde la confianza de la ciudadanía.

Obviamente, también los jueces y tribunales deben ser controlados, y entre otros aspectos, en:

– si motivan o no adecuadamente sus resoluciones y sentencias,
– si cumplen o no con su obligación de adecuar la interpretación de las normas a la realidad social del momento en que deben ser aplicadas y siempre en relación a los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que proclama el artículo primero de nuestra Constitución,
– y, también, si han respetado o no las reglas de juego procesales y el régimen de garantías de los inculpados en los procedimientos en que dictan sus resoluciones y sentencias.

De ahí surge, no solo que pueda y deba exigírseles la correspondiente responsabilidad penal, disciplinaria o civil, sino además que sus resoluciones y sentencias puedan ser sometidas a la crítica pública. Es más, la mayor altura en la jerarquía jurisdiccional supone, no un mayor arbitrio, sino una mayor exigencia del cumplimiento de sus obligaciones, porque socialmente el riesgo de desprestigio, de pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema judicial es mucho mayor. Y aunque todos venimos obligados a acatar, a cumplir, sus resoluciones y sentencias cuando han adquirido firmeza por no haberlas recurrido o porque se han agotado todos los recursos legalmente previstos, este acatamiento nunca supone que no puedan ser objeto de crítica pública, en cuanto estamos ante actos que emanan de uno de los poderes del Estado.

No se entiende, por tanto, que, por dirigentes del Partido Popular, se calificasen actos, como el celebrado el 13 de abril de 2010 en el Auditorio Ramón y Cajal de la Universidad Complutense de Madrid, como «antidemocráticos», o que el Consejo General del Poder Judicial, en cuanto órgano constitucional al que le corresponde velar por la independencia de los jueces y tribunales, se haya limitado a manifestar públicamente su «preocupación y tristeza» ante «las diversas manifestaciones que de forma sistemática vienen produciéndose atacando la actuación jurisdiccional del Tribunal Supremo» en relación con la causa abierta al juez Garzón. Y no se entienden tales exigencias, porque o ha habido un ataque a la independencia de los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo —lo que obligaría a otro tipo de pronunciamientos—, o simplemente está rechazándose antidemocráticamente el legítimo ejercicio por los ciudadanos de los derechos constitucionales de reunión y expresión. Por otra parte, aquel acto generó actuaciones judiciales penales que, a nuestro juicio, pusieron de manifiesto el carácter estrictamente político, más que jurisdiccional, del proceso contra el juez Garzón. En él se dijo, por uno de los autores de esta obra, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al abrir y tramitar el proceso contra Garzón, se había constituido «en instrumento de la actual expresión del fascismo español». Al día siguiente, la organización ultraderechista Manos Limpias, impulsora de dicho proceso, presentó una denuncia por un delito de injurias y calumnias al Tribunal Supremo contra quien había hecho tal afirmación. Después de diversos avatares procesales, el Juzgado Central de Instrucción n.° 5, en las Diligencias Previas 166/2010, por auto de 20 de enero de 2011, acordó la plena licitud de dicha afirmación y el consecuente archivo de la denuncia, por entender que dicha afirmación quedaba «bajo el amparo de la libertad de expresión», además de considerar que una reflexión como la denunciada «era necesaria para la expresión de ideas y opiniones de interés público». El Tribunal Supremo, pues, era evidente que había actuado gracias al impulso y a su alianza con organizaciones de signo fascista.

Afortunadamente, desapareció del Código Penal uno de los delitos más apreciados por las autoridades políticas y judiciales durante el franquismo, y buena parte de la transición, el delito de desacato. Y hasta el día de hoy, que se sepa, ningún integrante de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha presentado denuncia por calumnia, injuria, insulto o amenaza contra alguna víctima o familiar de víctimas del franquismo o contra cualquier otro ciudadano que individual o colectivamente haya mostrado su disconformidad, más o menos radical, con las resoluciones dictadas en dicho proceso contra el magistrado Garzón.

Lo procedente, a nuestro modo de ver, es encajar dichas críticas analizando lo que de verdad puede haber en ellas, especialmente cuando fueron cada vez más numerosas y más extendidas geográficamente —nacional e internacionalmente— y no rechazarlas, sin más, calificándolas despectivamente de «plebiscitarias», como hace en uno de sus autos el magistrado Varela.

No resulta aceptable, de otro lado, que el Consejo General del Poder Judicial, órgano encargado de velar por la independencia judicial, haya permitido, sin adoptar ningún acuerdo de control disciplinario, que desde la incoación de un procedimiento penal por prevaricación contra un juez por el ejercicio de sus funciones investigadoras hasta el pronunciamiento absolutorio finalmente recaído en ese procedimiento, hayan podido transcurrir casi tres años (pese a ser obligadamente tramitado en una sola instancia por su carácter de aforado), cuando lo que estaba realmente en juego era la independencia de un juez y su credibilidad, permitiendo que durante ese largo periodo pesase ante la opinión pública una sospecha de tal naturaleza. Sobre todo, cuando se acordó de forma injustificada y arbitraria, ya desde mayo de 2010, la expulsión provisional del juez Garzón de la Carrera Judicial, causándole un perjuicio innecesario e irreparable.

En todo caso, esta situación puede ser demostrativa de que el funcionamiento de nuestro sistema institucional democrático deja bastante que desear cuando uno de los poderes del Estado, el Judicial, no cumple adecuadamente su función, unido a que otro de los poderes, el Legislativo,

no hizo bien su papel con la insatisfactoria Ley 52/2007, mal llamada de la Memoria Histórica, ni parece estar dispuesto a dejar claro el alcance de la Ley de Amnistía de 1977, convertida en la práctica judicial en Ley de Punto Final, y porque el otro poder, el Ejecutivo, parece conformarse con la «beneficencia» para las víctimas del franquismo, pausadamente administrada, planteada por la citada Ley del 2007, y a día de hoy claramente ralentizada con el nuevo gobierno del Partido Popular.

Y como consecuencia de esta pérdida de confianza por un cada vez más amplio sector de la ciudadanía, y debido asimismo a los compromisos internacionales asumidos por España, si las «víctimas» de los delitos gravísimos del fascismo español no obtienen la respuesta de «verdad, justicia y reparación» que legal y constitucionalmente les corresponde, no es de extrañar que se haya producido el grito actualizado del molinero de «Sans Souci»: «pero hay una Justicia Universal», que está dando ya sus primeros pasos en Argentina para bochorno y vergüenza de las instituciones democráticas de nuestro país.

Veamos ahora con más detenimiento el contenido de ese procedimiento penal abierto contra el magistrado Garzón.

Puede afirmarse la virtualidad del aserto popular de que en muchas ocasiones los «extremos se tocan».

De un lado la Falange, ejercitando la acción popular con su querella reivindicando el honor de aquellos falangistas que fueron precisamente los que, corporativa y personalmente, masacraron a miles de españoles, cuyo único delito, en su gran mayoría, era ser servidores públicos de la República, en las diversas administraciones, miembros de organizaciones políticas republicanas, obreras o sindicales o, simplemente, simpatizantes de la República. O, por citar un ejemplo muy concreto, haber sido juez y haber dictado una sentencia aplicando la normativa derivada de la legislación agraria republicana denegando la razón a un cura propietario de unas tierras; como es el caso del juez de instrucción de Calamocha (Teruel),

Vicente Martínez Alhambra, fusilado por «rojo» en septiembre de 1936. Falangistas que asumieron entusiásticamente las directrices del dictador Franco y sus generales golpistas, tal como ha quedado demostrado históricamente por los datos aportados por los historiadores que se han relacionado con anterioridad, donde un general acordaba: «Conferir el mando del orden público y seguridad en las ciudades a elementos de Falange, [...] eliminar los elementos izquierdistas: comunistas, anarquistas, sindicalistas, masones, etc.» o el propio general golpista Francisco Franco en sus manifestaciones a un periodista norteamericano de conseguir su objetivo «al precio que sea» a la pregunta de que tendría que «matar a media España».

Y junto a los querellantes de Falange uno de los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo (actualmente en excedencia) Adolfo Prego, al que ya nos hemos referido, que desempeñó un papel esencial en el proceso contra Garzón, pues fue el que como ponente redactaba todas las resoluciones que luego aprobaba la Sala. Según reiteradamente dieron cuenta en los medios de comunicación, no solo es o fue patrono de la ultraderechista Fundación para la Defensa de la Nación Española (DANAES), sino que además, según afirmó López-Fonseca en el diario *Público* de 21 de junio de 2009, «ha intervenido en los últimos años en, al menos, dos actos públicos en los que justificó el golpe militar de 1936», y añadía dicho articulista: «y ocho meses después del segundo de estos actos, y cuando aún era vocal del Consejo del Poder Judicial (CGPJ), el magistrado Prego firmó un manifiesto contra la Ley de Memoria que apareció publicado tras la aprobación de esta». Y podría también añadirse que en esa misma etapa de vocal del Consejo, cuando tras su intervención ante una de las promociones de jueces de la Escuela Judicial, al hacérsele notar que había hablado a unos futuros jueces españoles de «Estado de Derecho» únicamente y no de «Estado social y democrático de Derecho» que establece la propia Constitución, contestó despectivamente: «De "eso" ya hablan otros en esta Escuela y en otros lugares».

Y en el otro extremo, otro magistrado del Tribunal Supremo, Luciano Varela, instructor del proceso y, por tanto, responsable de su tramitación, es decir, de la investigación. Y, responsable de forma muy especial, del estado de indefensión a que sometió al juez Garzón durante toda la investigación. Del que también la prensa diaria habla de su supuesto talante progresista, por su pertenencia a la asociación Jueces para la Democracia, en cuyo seno hay una minoritaria corriente de purismo profesional, que viene calificando de «utilización torticera del proceso penal» a la apertura de procedimientos por hechos criminales cometidos tras el golpe de Estado de julio de 1936 y durante la dictadura fascista que sufrió el país. Pues bien, ante la imputación que por el delito de prevaricación —«dictar a sabiendas una sentencia o resolución injustas» (art. 446.3° del Código Penal)— que el magistrado Varela formuló el 3 de febrero de 2010 contra el magistrado Garzón, cabe plantearse algunos interrogantes.

Dado el pronunciamiento absolutorio con que terminó el proceso ¿prevaricó el magistrado Varela al dictar esta resolución y prevaricaron los magistrados de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo que antes resolvieron negativamente el recurso de apelación interpuesto por la defensa del juez Garzón contra el auto de admisión a trámite de la querella?

Si, como se deduce del auto de Varela, la prevaricación perseguida se funda esencialmente en la falta de competencia del Juzgado Central de Instrucción n.° 5 de la Audiencia Nacional para tramitar el procedimiento ¿prevaricaron también los magistrados de la Sala de la Audiencia Nacional que formularon su voto particular, discrepando de la mayoría, afirmando que sí era competente con una fundamentación jurídica muy similar a la argumentada por el querellado Garzón? ¿Por qué no se abrió un procedimiento penal a estos tres magistrados y sin embargo se hizo así contra este último?

Además, se arguyó por el magistrado Varela que el juez Garzón no tuvo en cuenta lo determinado por la Ley de Amnistía de 1977, que, según él, impedía tramitar un procedimiento por hechos delictivos cometidos con anterioridad a la misma. Cabe preguntarse, ¿estará prevaricando el

magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.° 4 de la Audiencia Nacional que instruye el procedimiento seguido por la desaparición del dirigente de ETA, «Pertur», que se produjo trece meses antes de la entrada en vigor de dicha ley? En este caso, y a la vista de que el procedimiento penal de «búsqueda» sigue abierto y no se ha iniciado ningún proceso contra dicho magistrado, parece que se sigue el criterio de que se está ante un delito permanente, porque Eduardo Moreno Bergareche, «Pertur», ni aparece vivo ni han aparecido sus restos pese a haber transcurrido casi 35 años desde el 16 de julio de 1976 en que desapareció. ¿Qué diferencia hay para rechazar esta tesis del delito permanente respecto a los detenidos-desaparecidos por el fascismo español? ¿El tiempo únicamente?

Y a la vista de que el Código Penal se limita a fijar la fecha a partir de la cual se ha de computar el tiempo para la prescripción (art. 132 del CP), no es prevaricadora la estimación jurídica de que las detenciones de republicanos a manos de comandos falangistas, requetés o miembros de la Guardia Civil seguidas de desaparición, no han prescrito, pese al tiempo transcurrido. No hay jurisprudencia vinculante, ante esta falta de previsión legal expresa, para poder fijar un límite absoluto de tiempo de prescripción en los delitos permanentes. ¿Es posible poner el límite de la duración de la vida humana, a los setenta, a los ochenta, a los noventa, a los cien o más años para que empiecen a contar los plazos de prescripción previstos en el art. 131 del CP? ¿Se puede hablar, jurídicamente, como se ha hecho en alguna resolución judicial en estos temas de «notorio fallecimiento» de todos los posibles autores, cómplices o encubridores de este tipo de delitos, sin practicar diligencia alguna de investigación o prueba?

De otra parte, ¿realmente las Cortes que aprobaron la ley de Amnistía de 1977 obraron libremente a la vista de la tentativa de golpe de Estado de febrero de 1981 que sobrevino pocos años después? Y porque se trata de una ley «democráticamente aprobada» como se afirma en el auto de Varela, no puede sostenerse que sea jurídicamente intocable, dado su carácter preconstitucional. O ¿acaso no está sometida, como todas las leyes, a lo

establecido en la Constitución, que recoge la justicia y la igualdad como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico?

¿Qué factores, además del tiempo, están presentes realmente en la decisión del magistrado Varela y los magistrados de la Sala del Tribunal Supremo a cuyo manto protector se acoge aquel?

Pero, además, es inadmisible y carente de rigor jurídico afirmar que prevarica el juez instructor que intenta cumplir las obligaciones que le impone el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ¿Averiguar la verdad de la detención ilegal-desaparición, la supervivencia de los posibles autores, la identificación de los restos humanos para, en su caso, entregarlos a los familiares es prevaricar o dar cumplimiento estricto de lo dispuesto en la ley? ¿Está induciendo esta resolución a que los jueces de instrucción apliquen el principio de economía procesal por falta de medios personales o materiales, o la ley del «mínimo esfuerzo», frente a obligaciones legales tan ineludibles?

Y desde una posición de auténtico garantismo procesal, exigible a todo juez, no puede justificarse jurídicamente el rechazo de plano y desde el primer momento de la presentación de la denuncia el incumplimiento de alguna de las obligaciones del citado art. 13 de la Ley Procesal Penal. Si lo que está denunciándose es un delito de detención ilegal seguido de desaparición, el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo autoriza a proceder así si los hechos denunciados no fueran constitutivos de delito o la denuncia fuera manifiestamente falsa.

No puede mantenerse, jurídicamente, como se recoge en el auto de Varela, que «los hechos denunciados ya carecían de relevancia penal al tiempo de iniciar el procedimiento» si se trata de hechos constitutivos de delitos permanentes.

Y desde otro plano, ¿realmente puede calificarse de prevaricación seguir los criterios jurídicos acerca de la aplicabilidad del Derecho Penal Internacional en nuestro país, cuando es evidente que incluso está calando en la jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales, una nueva concepción jurídica del principio de legalidad penal en los delitos

internacionales u otra valoración del alcance del principio de irretroactividad penal? Ha resultado «esperpéntico» perseguir por prevaricador a un juez que determinó la detención en Londres de otro dictador, Augusto Pinochet, que, curiosamente, fue el único jefe de Estado que estuvo presente en los funerales de Francisco Franco, y que llegó a ser procesado finalmente por el juez chileno, Juan Tapia, fruto de la dinámica interpretativa impulsada por el juez Garzón. Después de que dos jueces, la peruana Antonia Saquicuray y el argentino Gabriel Cavallo, declarasen la inaplicabilidad de las respectivas Leyes de Amnistía y Punto Final también «democráticamente aprobadas» en sus respectivos países.

No se puede mantener, sin incurrir al menos en ignorancia inexcusable, que respecto a los «niños españoles desaparecidos», especialmente los secuestrados fuera de nuestro territorio en los campos de concentración franceses, bajo control nazi/fascista, no tenía competencia un juez de instrucción de la Audiencia Nacional, no solo antes sino incluso ahora tras la última reforma legal de sus competencias que ha limitado la aplicabilidad del principio de justicia universal... Sobre todo, si, además, en este execrable tipo de delito, también de naturaleza permanente, las propias víctimas que con toda probabilidad sobreviven, siguen desconociendo su verdadero origen. ¿No rige para ellas el citado artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal?

No puede, de otra suerte, calificarse de prevaricación la aplicación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque se haya publicado la Ley 52/2007, llamada de la Memoria Histórica, cuando esta misma ley salva el ejercicio de cualesquiera otras acciones, entre ellas las penales, previstas en el ordenamiento jurídico. Resulta «esperpéntica» la atribución del «carácter excluyente» de cualquier otra acción judicial que le atribuye el magistrado Varela a dicha ley.

Y, finalmente, resulta obligado referirse especialmente al posicionamiento adoptado por Varela al final de esta fase instructora en su auto de 20 de abril de 2010 y la providencia del día siguiente. ¿Por qué se amplió y otorgó un nuevo plazo de una audiencia a las partes querellantes

(Falange Española / Manos Limpias / Libertad e Identidad) para que formulasen un nuevo escrito de acusación porque, según el instructor, el presentado no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? Este precepto establece taxativamente que «El escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas: Los hechos punibles que resulten del sumario». Se trata de un requisito absolutamente indispensable para que queden fijadas las reglas de juego del proceso, y especialmente para que quien resulte acusado sepa claramente de qué hechos concretos es acusado. Realmente, el garantismo que pretendía aparentar el juez Varela en las resoluciones dictadas, garantizando derechos del imputado Garzón, era completamente falso, porque lo que estaba haciendo era dar una nueva oportunidad ilegal de acusar a los querellantes, apartándose de la exigible «equidistancia entre las partes», o sea la imparcialidad, que debe presidir la función de un juez instructor en el proceso, como puso de manifiesto el fiscal, al oponerse tan rotunda como fundadamente a las acusaciones y a las decisiones del juez Varela solicitando la nulidad de todo lo acordado por el instructor y el archivo del proceso. Sobre todo, cuando el flagrante incumplimiento por las partes acusadoras de un precepto procesal, que es el que abre la vía al juicio oral y, por tanto, al enjuiciamiento del imputado, es decir, al juez Garzón, no determinó, como debía legalmente haber ocurrido, el rechazo de las acusaciones, por sus gravísimos errores, y el archivo inmediato del proceso.

Y cabría preguntarse, ¿en cuántas ocasiones se han pronunciado los jueces instructores dando esta nueva oportunidad a las partes acusadoras en el ejercicio de la acción popular?

La diligencia mostrada por el instructor fundamentando su decisión en la necesidad de la «tutela judicial efectiva» del art. 24 de la Constitución, que ampararía a los querellantes, solo hubiera tenido validez si estos hubiesen respetado la ley, mientras que las decisiones del instructor representaban una manifiesta infracción del derecho a un debido proceso, sujeto a la legalidad, del juez Garzón.

Y es igualmente preocupante de todo lo acontecido en esta causa especial, a partir de resoluciones como los autos del instructor Varela, cuyos argumentos fueron asumidos siempre por los magistrados de la Sala, la siguiente cuestión. Cuando, ante las lagunas o deficiencias legales, quepan varias soluciones interpretativas, el proceso contra el juez Garzón ¿no está fomentando el riesgo de que los jueces piensen no en la solución adecuada —legal y constitucionalmente— sino en el criterio interpretativo del superior jerárquico judicial que ha de confirmar o rechazar su opción? ¿Dónde queda la independencia judicial? ¿Hacia dónde camina la independencia judicial como pilar esencial de nuestra democracia constitucional? ¿Caminamos de nuevo hacia la «democracia orgánica» del fascismo español, donde un grupo de jueces, fiscales y secretarios judiciales podrían llegar a ser una suerte de «jueces delincuentes políticos» en el seno de una clandestina Justicia Democrática?[177]

Aunque en honor a la verdad y a la esperanza, también hay, en el seno de la asociación Jueces para la Democracia, otra corriente que fue capaz de afirmar en su escrito de 12 de febrero de 2010: «Calificar de prevaricadora a una de las posiciones del debate jurídico desarrollado en el contexto de un proceso significa criminalizar la deliberación, imponer los límites penales a la interpretación judicial e impedir el desarrollo libre y honesto de las ideas».

Sin embargo, el silencio casi total durante la tramitación de esta causa especial, de casi todas las asociaciones judiciales y fiscales existentes, conservadoras y progresistas, es muy preocupante. Denota no solamente una clara falta de sensibilidad, sino además, lo que es más grave, incapacidad de cumplimiento de uno de sus principales fines: la defensa de la independencia judicial, que sin duda consta, de una u otra forma, en sus respectivos estatutos.

Tales asociaciones, además, no han valorado suficientemente que la celebración de un juicio oral como el que analizamos podía repercutir necesariamente y de manera negativa en el actuar concreto de los jueces en el futuro.

Es la primera vez en la historia judicial española que un juez se sienta en el banquillo de los acusados por hechos de esta naturaleza. Este solo dato ya debería poner en guardia a estas asociaciones. ¿Se han preguntado qué mensaje está lanzando a los jueces instructores la Sala Segunda del Tribunal Supremo con esta «pena de banquillo» de tres años a que ha sido sometido el juez Garzón?

Es de esperar que este silencio no estuviera mediatizado por el hecho de que el juez Garzón no haya pertenecido nunca a ninguna asociación judicial. De otro modo, sería muy grave tal pasividad, al no tener presente que lo que estaba en juego realmente es la credibilidad del funcionamiento del sistema judicial y consiguiente confianza de los ciudadanos en los jueces, además del gravísimo perjuicio personal que se le ha causado. Ya es negativo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo haya dado este paso sin calibrar adecuadamente las consecuencias, pero que las asociaciones de jueces y fiscales no hayan hecho público de forma continuada ningún signo de apoyo y consiguiente crítica para contribuir a una decisión justa que pusiese final al juicio iniciado al juez Garzón, pone en duda si la inversión pública que en ellas se hace por el Consejo General del Poder Judicial, es decir, con el dinero de los ciudadanos contribuyentes, está justificada.

Y, finalmente, cabe preguntarse si el silencio del Consejo General del Poder Judicial ante este sometimiento de un juez a la pena de banquillo está justificado. Ya hemos dicho que una de las funciones esenciales de este órgano de gobierno de los jueces es garantizar la independencia judicial. Y si la pena de banquillo afecta a la independencia judicial, tras preguntarse si era preciso sentar en el banquillo a un juez para valorar si es correcta o no su resolución de intervención de comunicaciones telefónicas ¿no hubiera sido necesario un pronunciamiento del Consejo instando a la Sala Segunda a una pronta y respetuosa resolución con la independencia judicial?

El criterio determinante para el Consejo General del Poder Judicial parece depender más de quién lo realiza que de la objetividad del ataque a la independencia judicial. Lo que dice muy poco respecto a la credibilidad y eficacia de un órgano constitucional encargado de velar por la misma.

Determinados silencios no favorecen precisamente nuestro progreso democrático.

Pues bien, todos estos o parecidos interrogantes que se han hecho respecto al magistrado Varela, pueden formularse respecto al contenido de la sentencia dictada, pese al pronunciamiento absolutorio que puso fin a dicho procedimiento.

Esta sentencia parte inicialmente de la afirmación de que con las pretensiones contenidas en las denuncias formuladas en las Diligencias Previas 399/2006 incoadas por el Juzgado de Instrucción Central n.° 5, luego convertidas en Sumario 53/2009, «no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra personas determinadas o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esta pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones. [...] La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo».[178]

Para ser aceptables, jurídicamente hablando, tales afirmaciones no pueden referirse al momento de presentación de la denuncia, sino a un momento posterior cuando ya están concretados los hechos tras la práctica de las oportunas diligencias de investigación en ese «devenir procesal». El juez de instrucción que recibe las denuncias, como las formuladas ante el

Juzgado Central n.° 5, si estima que los hechos tienen apariencia de la comisión de un delito al incoar el procedimiento penal correspondiente, no está abriendo un «juicio de la verdad», sino cumpliendo con una obligación legal. Y es posteriormente, en ese «devenir procesal», cuando deberá valorar si entran en juego o no las causas que impiden su continuación. Hacer esto no es convertir al juez en historiador, como viene a afirmarse en la sentencia, sino en coadyuvante de la verdad judicial, propia de todo proceso penal, hasta donde procesalmente sea posible respetando todas las reglas de juego del procedimiento y garantizando los derechos de todas las partes del proceso. Y cabe preguntarse por qué la Sala Segunda del Tribunal Supremo formula el prejuicio de atribuir a los denunciantes esa finalidad de utilización del proceso para conformar una verdad histórica, propia de esos «denominados juicios de la verdad de otras latitudes» ¿Solamente porque no formulan una calificación delictiva —a lo que no estaban legalmente obligados—, no solicitan la imposición de una pena o no afirman que el autor o autores de los hechos denunciados estaban vivos? Dejando a un lado el talante casi despectivo que se manifiesta con esa referencia geográfica a «otras latitudes» —que son sin duda las dictaduras latinoamericanas—, son millares los procedimientos penales incoados por los juzgados que acaban con auto de sobreseimiento por hechos delictivos en los que ni tan siquiera se conoce al autor o autores, pero que va precedido de las correspondientes indagaciones, policiales o judiciales, de cómo han ocurrido y acopio de aquellos elementos de prueba que pueden desaparecer y que permitirían en el momento procesal oportuno hacer la calificación jurídica del tipo delictivo realmente cometido, como también de hacer saber a los posibles perjudicados su derecho de intervención en el procedimiento y adoptar aquellas medidas protectoras que puedan paliar o mitigar los efectos negativos del hecho delictivo denunciado.

En alguna de las denuncias penales presentadas ante un juzgado de instrucción, ¿se afirma categóricamente que el posible autor de los hechos está vivo o muerto? El hecho de que en relación a posibles autores mediatos (los 35 que se determinaron en el auto del Juzgado Central n.° 5 de 16 de

octubre de 2008) se tenga conocimiento público de su fallecimiento, no excluye que alguno o algunos de los autores materiales, cómplices o encubridores puedan seguir vivos. Y resulta incomprensible, en este último caso, cómo se puede hablar tan rotundamente de «notorio fallecimiento»[179] en base a unas meras presunciones temporales de edad y tiempo transcurrido, para que un juez de instrucción no deba incoar el procedimiento penal pertinente. Máxime cuando previamente tendrá que averiguarse su identidad.

Es jurídicamente insostenible que desde el inicio del procedimiento se deba tener constancia de que el posible autor del delito de detención ilegal denunciado está vivo. Y en todo caso, el juez de instrucción, en relación a la muerte del posible autor —directo o material de los hechos o por vía mediata— cómplice o encubridor, viene obligado ¿por la ley de probabilidades aplicada a todos los intervinientes o por la averiguación de su respectiva participación, en primer lugar, y solo después de ella la acreditación de su muerte? Es en este segundo momento cuando entra en juego el artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se declara la extinción de la acción penal por la muerte del culpable.

Y cabe preguntarse las razones por las que miembros de nuestro más alto tribunal penal acudan al razonamiento de que las exigencias del proceso penal «se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra». Resulta llamativo que en una resolución judicial que pretende distinguir la verdad judicial de la verdad histórica, se recoja exclusivamente la interpretación que suele darse desde la perspectiva de los vencedores de la guerra civil, sin hacer mención ninguna a «golpe de Estado», y hablando de «subsiguiente posguerra» en lugar de dictadura. Será por esa razón por la que en su voto particular el magistrado Maza Martín —en el que abogó por la condena por prevaricación del juez Garzón— afirma compartir «fervorosamente» la argumentación de los otros magistrados que absuelven al acusado, «tanto en lo estrictamente jurídico como en la explicación contextual, social, política e histórica» ¿Y qué decir del hecho de que este

magistrado, nada menos que del Tribunal Supremo, no cite en sus veintidós páginas de razonamientos ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es la norma básica que marca las reglas del proceso penal?. No es precisamente un ejemplo de respeto a la legalidad vigente, sobre todo cuando está planteando la condena de un juez por aplicación arbitraria del derecho.

Realmente, la Sala Segunda no se ha planteado el alcance de las obligaciones derivadas de los artículos 269, 13 y 340 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que marcan el camino a seguir al juez instructor que recibe una denuncia de la comisión de un delito con independencia de que los denunciantes pongan el acento en la vertiente de búsqueda de la verdad y la reparación. Y sin embargo, se acude a argumentos tan procesalmente débiles como que el magistrado instructor «no podría desconocer que era notorio el fallecimiento de alguno de los imputados en su causa y cuando la lógica del tiempo le hubiera llevado a la conclusión que cualquier persona ejerciendo funciones de mando y responsabilidad tendría en la época de los hechos una edad que en el 2008 sería más que centenaria». Para a continuación, el magistrado Maza, tras hacer suyo este razonamiento, haga referencia a que el instructor Garzón rechazó la admisión de una querella en auto de 16 de diciembre de 1998 en el caso de «Paracuellos», caso al que ya se había referido anteriormente en su voto particular y que reitera por tercera y cuarta vez en su argumentación.

De otra suerte, este magistrado —Maza— hace una afirmación reveladora que parece incompatible, al menos, con el final absolutorio de la sentencia comentada: «Las realidad de tales hechos y la calificación de los mismos como contrarios a Derecho a nadie de los trece miembros de esta Sala, que tanto durante la fase de instrucción como en el enjuiciamiento hemos tenido intervención en la presente Causa especial, de entre los catorce Magistrados titulares que en este momento integramos la plantilla real del Tribunal, nos ha ofrecido duda alguna, a la vista del contenido constante de nuestras sucesivas Resoluciones». Y cabe preguntarse si a juicio del juez Maza, que sin duda participó en los respectivos debates, los

cinco magistrados del voto mayoritario y el sexto concurrente, ¿prevaricaron a lo largo de dichas resoluciones manteniendo abierto un proceso hasta llegar al juicio oral o al dictar dicha sentencia absolutoria, máxime cuando más adelante se refiere a una posible «aplicación torcida de la norma», y a que «pocas veces se habrá visto un ejemplo más claro de lo que es una prevaricación judicial, cuando el juez elige aquellos criterios que se compadecen con su voluntad, independientemente de su origen, razón o eficacia, por justificar con ellos el incumplimiento de la norma que verdaderamente le vincula». Para, finalmente, afirmar que desea «dejar constancia, además, de mi honda preocupación por el precedente que esta Resolución pudiera llegar a representar en relación con el delito de prevaricación judicial, de modo que, a partir de ahora, en el futuro los Jueces puedan sostener su apartamiento de las normas imperativas de nuestro ordenamiento alegando la bondad de sus fines o intenciones subjetivas junto a la existencia de opiniones jurídicas, meramente doctrinales o sin efecto de vinculación alguna para nuestros Tribunales, en el dictado de Resoluciones que contravengan de manera clara y flagrante incluso los principios más básicos de nuestro Sistema penal o del resto del ordenamiento jurídico». Es toda una referencia para una interpretación antidemocrática de nuestro ordenamiento jurídico y de la función judicial en un Estado democrático. Pero no le basta. Porque considera que sus «compañeros» han «reflejado magistralmente» la «evidencia...de la concurrencia del elemento de abuso de poder en el que se instala el núcleo de la significación antijurídica del acto prevaricador» que atribuye al juez Garzón.

Y vistas las razones esgrimidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para estimar que el acusado Garzón no cometió el delito de prevaricación, afianzadas por uno de los dos votos particulares, respecto al problema esencial subyacente de la impunidad por los crímenes del franquismo, parece que, a juicio de la misma, la solución queda residenciada institucionalmente en el poder legislativo, adoptando una solución auténtica y eficaz que venga a suplir las deficiencias de la Ley

52/2007 para que el Estado español cumpla sus obligaciones internacionales acerca de la Verdad, Justicia y Reparación. De otra suerte, seguiremos anclados en el discurso cultural del franquismo, porque realmente todo «quedó atado y bien atado». Salvo que algún juez o tribunal tenga los arrestos suficientes para seguir las tesis contrarias a las mantenidas por la Sala en este proceso penal, por hacer suyas tesis como las que hemos recogido en el capítulo anterior sobre el delito permanente y la inconstitucionalidad, en su caso, de la Ley de Amnistía de 1977, la modulación del principio de irretroactividad penal y la vigencia en nuestro sistema penal del Derecho Penal Internacional y las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro Estado.

Por otra parte, la línea argumental de la sentencia ha sido reforzada por el auto de 28 de marzo de 2012 de dicha Sala Segunda, del que fue ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez. En dicha resolución, la Sala resolvió el conflicto de competencia planteado por los Juzgados de Instrucción n.° 3 de Granada y n.° 2 de San Lorenzo del Escorial, de un lado, y el Juzgado de Instrucción Central n.° 5, de otro, cuando la Audiencia Nacional privó de competencia a este juzgado y ordenó que el proceso 53/2008 se fragmentara y se repartiera entre los diferentes juzgados de instrucción de España en cuyo partido judicial hubiese constancia de desapariciones forzadas. Los Juzgados de Granada y El Escorial rechazaron ser competentes para conocer de las mismas por entender que la competencia solo podía corresponder a la Audiencia Nacional y, por tanto, al Juzgado Central n.°5 dada su naturaleza de crímenes contra la Humanidad.[180] En dicha resolución, la Sala recoge sin fisura alguna las argumentaciones de la sentencia sobre el juez Garzón. A partir del auto de 27/3/2012, los jueces de instrucción difícilmente podrán acometer la investigación de las desapariciones porque aun cuando son reconocidos como competentes, les hacen una advertencia limitativa, que «deberán continuar la tramitación en el marco de lo acordado en este auto y en la sentencia 101/2012 de 27 de febrero». Eso sí, y sin duda para salvar que este acuerdo pueda ser tachado

de claro ataque a la independencia judicial, afirman que habrán de continuar la tramitación «como entiendan que procede en Derecho».

Y a la vista de todo ello, cabe preguntarse si los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y gran parte de los de la Audiencia Nacional están incursos en la afirmación que recogemos en anterior capítulo, citando a Ferrajoli y Hobbes, de que con este modo de proceder en relación a los gravísimos crímenes del franquismo y en especial de los de carácter permanente, tanto de detención ilegal como el de secuestro de niños, es la «autoritas» (la autoridad del juez) y no la «veritas» (la verdad judicial) la que ha guiado realmente sus decisiones. Es obvio que nuestro sistema democrático exige romper con la cultura del juez autoritario que se consolidó durante la dictadura franquista.

También cabe preguntarse respecto al ministerio fiscal, cómo se explica, dados sus principios rectores de «unidad de actuación y dependencia jerárquica» (art. 124.2 Constitución española), unos posicionamientos tan radicalmente contradictorios entre el informe del fiscal jefe de la Audiencia Nacional contra la competencia de este tribunal respecto de aquellos delitos y el mantenido por el fiscal Manuel Miranda, ante el Tribunal Constitucional. Sería deseable saber por qué el fiscal general del Estado, en junio de 2008, defendió la tesis del delito permanente para justificar la indefensión en que se había situado a las víctimas del franquismo por el Juzgado de Instrucción n.° 2 de Lucena y la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba y, en el mes de octubre siguiente, se combate, con una terminología y agresividad inusitadas, la aceptación de esta tesis por el Juzgado Central de Instrucción n.° 5. Además de que el fiscal de dicha Audiencia Nacional había aceptado tácitamente tal competencia desde diciembre de 2006 en que se incoó el procedimiento penal por el Juzgado Central n.° 5, gracias a las denuncias de familiares de desaparecidos y entidades memorialistas.

No obstante, a la superación de este lamentable estado de cosas, y para bochorno y vergüenza de nuestro poder Judicial, puede contribuir la actuación de la justicia argentina que se halla instruyendo un proceso penal

por los crímenes del franquismo ante la pasividad de la justicia española y por la vía de la Justicia Universal.

Quizá, la indignación creciente que en los primeros meses de 2012 había impregnado a amplias capas de la ciudadanía de este país, haga posible este cambio de discurso cultural democrático para, si llega el caso, instar el reproche, también penal, de la respuesta de jueces y fiscales dada hasta el momento ante los gravísimos crímenes del franquismo.

A MODO DE EPÍLOGO

Durante los años 1964 y 1965 se celebró en Frankfurt uno de los últimos juicios penales contra los responsables del genocidio cometido en el campo de exterminio de Auschwitz. Asistieron numerosos observadores internacionales. Uno de ellos, el escritor Peter Weiss, a partir de las actas del juicio, escribió una obra histórica titulada *La indagación.*[181] En la versión en español, Jacobo Muñoz escribió un epílogo que concluía así: «Una indagación que obliga a declarar a uno de los testigos del proceso, con palabras que vuelve sobre la realidad y la denuncia: "Yo salí del campo. Pero el campo sigue entre nosotros"».

Con las salvedades necesarias, el «campo» que dominó y sufrió España durante más de cuarenta años, el franquismo y sus fundamentos autoritarios y antidemocráticos, continúa estando presente entre nosotros, como se desprende de las páginas anteriores. Y, de forma preocupante, cuando desde el gobierno del Partido Popular se anuncian medidas tendentes a restringir gravemente, y hasta suprimir, derechos civiles democráticos que nos parecían irreversibles, recurriendo incluso a un incremento de la penalización de ciertas conductas consistentes en el ejercicio de aquellos derechos. La derecha que gobierna España tiene fijado un horizonte de autoritarismo que irá haciendo efectivo y patente si la reacción social y política no tiene la realidad y la fuerza necesaria para impedirlo.

Un modelo de esta grave perspectiva histórica, en la magistratura, es el auto que dictó la juez de instrucción n.° 18 de Barcelona el 8 de abril de 2012 acordando la prisión de varios detenidos durante la manifestación

pacífica del 29 de marzo de 2012, con motivo de la convocatoria de la huelga general para ese día.

En dicha resolución, criticó la reforma del Código Penal de 2010, por entender que suavizaba injustificadamente la penalidad de ciertos delitos (alineándose abiertamente con el actual gobierno, al decir «que ya ha dado lugar a un posicionamiento público del Ministerio de Justicia anunciando la corrección de tal error»), calificaba a los detenidos de «vándalos», recuperaba el concepto de «policía secreta», utilizaba como argumento para justificar la prisión provisional los datos que resultan de «fuentes periodísticas solventes», que no precisó, y la fundamentaba en la necesidad de impedir que los detenidos, ya presos, pudiesen perturbar, por razón de su «peligrosidad criminal», «acontecimientos importantes» que iban a celebrarse en Barcelona en fechas próximas como «el Día del Trabajo y Cumbre de Presidentes de Bancos» y, en su conjunto, hizo una interpretación carente de toda ponderación del precepto que regula la prisión provisional. Resolución que fue muy bien acogida entre los políticos conservadores de los gobiernos de España y Cataluña que tienen a su cargo el control de políticas represivas cada vez más regresivas .

Es un ejemplo. Pero hay muchos más, los suficientes para pensar que una parte significativa de la magistratura asumirá en silencio y colaborará con el nuevo «campo» que va a abrirse en nuestro país, bajo una cobertura formal democrática, que no podrá ocultar siempre la actual deriva autoritaria del sistema político español. Y que necesitará, y contará sin duda, de la colaboración del Poder Judicial.

ANEXOS

ANEXO 1

OFICINA PARA LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL Y LA DICTADURA: MAPA DE FOSAS

26 de octubre de 2011

Número total de fosas incorporadas: 2.311
Según la actuación realizada:
– Fosas no intervenidas: 1.204
– Fosas exhumadas: 389
– Fosas desaparecidas: 218
– Fosas trasladadas al Valle de los Caídos: 500

Comunidades autónomas	*Fosas según mapas de CCAA (prensa)*	*Fosas dadas de alta en Mapa Oficina*	*De ellas: Trasladadas al Valle de los Caídos*
Andalucía	595	538	56
Aragón	519	595	61
Canarias		4	1
Cantabria		7	1
Castilla y León		196	71
Castilla-La Mancha		140	35
Cataluña	244	152	61
Ceuta		1	1
Madrid		51	45
Navarra		16	11
Valencia		85	57
Extremadura	172	49	22

Galicia		47	12
Baleares		4	4
La Rioja		6	4
Melilla		1	1
País Vasco	53	92	29
Asturias	267	321	25
Murcia		6	6

ANEXO 2

RELACIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS DE LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

Recurso 34/1989
Sentencia de 30 de enero de 1990
Recurso 6/1998, de 14 de julio de 1999
Recurso 16/1998, de 3 de marzo de 1999
Recurso 44/2000, de 13 de mayo de 2003
Recurso 139/2003, de 15 de junio de 2004
Recurso 176/2003, de 16 de junio de 2004
Recurso 156/2003, de 16 de junio de 2004
Recurso 146/2003, de 16 de junio de 2004
Recurso 166/2003, de 16 de junio de 2004
Recurso 136/2003, de 16 de junio de 2004
Recurso 169/2003, de 16 de junio de 2004
Recurso 145/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 150/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 153/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 133/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 159/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 168/2003, de 21 de junio de 2004
Recurso 175/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 158/2003, de 21 de junio de 2004
Recurso 155/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 165/2003, de 17 de junio de 2004
Recurso 163/2003, de 18 de junio de 2004
Recurso 138/2003, de 21 de junio de 2004
Recurso 148/2003, de 21 de junio de 2004
Recurso 178/2003, de 21 de junio de 2004
Recurso 180/2003, de 21 de junio de 2004
Recurso 162/2003, de 28 de junio de 2004
Recurso 142/2003, de 28 de junio de 2004
Recurso 152/2003, de 28 de junio de 2004
Recurso 172/2003, de 28 de junio de 2004

Recurso 173/2003, de 29 de junio de 2004
Recurso 171/2003, de 7 de julio de 2004
Recurso 141/2003, de 7 de julio de 2004
Recurso 161/2003, de 7 de julio de 2004
Recurso 181/2003, de 7 de julio de 2004
Recurso 157/2003, de 27 de julio de 2004
Recurso 170/2003, de 27 de julio de 2004
Recurso 167/2003, de 27 de julio de 2004
Recurso 179/2003, de 27 de julio de 2004
Recurso 151/2003, de 9 de diciembre de 2004
Recurso 18/2005, de 26 de enero de 2006
Recurso 5/2006, de 20 de junio de 2006
Recurso 34/2006, de 21 de septiembre de 2006
Recurso 16/98, de 18 de diciembre de 2006
Recurso 12/2005, de 5 de julio de 2007
Recurso 54/2010, de 21 de febrero de 2011
Recurso 50/2007, de 30 de marzo de 2012

ANEXO 3

COMUNICACIONES OFICIALES CON MOTIVO DE LA CAPTURA Y TRASLADO A ESPAÑA DEL *PRESIDENT* COMPANYS[182]

1.
Comunicación dirigida al Ministro de Asuntos Exteriores de España y a la Dirección de la Prisión de La Santé, en París. París, 26 de Agosto de 1940. Asunto: Conducción a España Ex Presidente Generalidad COMPANYS.
Embajada de España. En París. B.8.-Política. Reservado. N.º 63
Excmo. Señor.
Muy Señor mío: Con referencia a mi telegrama, en el que daba cuenta a V.E. de haber sido detenido el exPresidente de la Generalidad de Cataluña COMPANYS, cúmpleme participar a V.E., para su debido conocimiento e información, que el Director General de Seguridad, que en la mañana de hoy ha continuado su viaje a Berlín, ha dispuesto que el citado sea conducido hasta Madrid. COMPANYS saldrá mañana a primera hora en un automóvil e irá custodiado por un oficial alemán y por el Sr. Urraca, funcionario de la Dirección General de Seguridad Agregado a esta Embajada.
También pongo en conocimiento de V.E. que cumpliendo instrucciones del Director General de Seguridad he dirigido un escrito a las autoridades de la prisión de La Santé a fin de que COMPANYS sea entregado a primeras horas del día de mañana al Sr. Urraca, para su conducción a Madrid. Dios guarde a V.E. muchos años.
El Ministro Consejero Encargado de la Embajada.

2.
Ministro de Asuntos Exteriores. Madrid 7 de Septiembre de 1940
Asunto:/conducción a España ex Presidente Generalidad COMPANYS
Iltmo. Sr.:
De orden comunicada por el Sr. Ministro de Asuntos Exteriores y para su debida información, cúmpleme remitir adjunto a V.I. copia del Despacho n.º 63 del Ministro Consejero Encargado de la Embajada de España en París, relativa a la conducción a España del exPresidente de la Generalidad Companys. Dios guarde a V.I. muchos años.
El Director General de Política y Tratados, A Señor Director General de Seguridad.

3.

Reseña policial de «Luis Companys Jover». Madrid. 29 de Agosto de 1940. «Conceptuado como separatista». «Detenido por cabecilla rojo».

4.
Ministerio de la Gobernación. Dirección General de Seguridad. Ficha para la Jefatura de la D.G.S. Historial (antecedentes y motivos). Traído de Francia. 29 de Agosto de 1940. (Incomunicado). CALABOZO n.º II de INCOMUNICADOS. Fue detenido el día 13 de los corrientes en La Baule, a 450 Kms de París. Pasó la frontera a las 9 horas del día 29 acompañado por el Agente Sr. Urraca. Ingresó en los calabozos de esta Dirección General el mismo día 29 a las 22 horas.

5.
Entrega del *president* Companys a funcionarios policiales.
En Madrid y siendo las catorce horas del día diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, comparecen, ante el capitán de la Guardia Civil, Don José González Rodríguez, afecto a la Secretaría General de la Dirección general de Seguridad, y del Agente de Investigación y Vigilancia, Don Lesmes Garcia Piñeiro, que actúa como secretario en la práctica de estas diligencias, los Agentes del mismo Cuerpo Don Ignacio Clemente Pons y Don Pelayo Suerio de la Riva, y presentan al que dice ser y llamarse Luis Companys Jover, el cual ha sido detenido por los comparecientes por ser presidente de la Generalidad de Cataluña y suponérsele responsable de todos los actos delictivos cometidos en aquella región de su mando.

6.
Comunicación del Director General de Seguridad, Conde de Mayalde, en Madrid a 19 de Septiembre de 1940, al Capitán General de la 4ª Región Militar.
Acompañado por funcionarios del Cuerpo de Investigación y Vigilancia, tengo el honor de poner a disposición de V.E. al detenido Luis Companys Jover, en unión de las diligencias instruidas al mismo por la Brigada Político-Social de esta Dirección General, por su actuación marcadamente marxista. [Orden que no se cumplimenta hasta el 3 de Octubre siguiente.]

7.
El 3 de octubre de 1940, el General Subsecretario del Ministerio del Ejército, Camilo Alonso Vega, enviaba al Subsecretario del Ministerio de Gobernación, José Lorente Sanz, el siguiente oficio:
Ministerio del Ejército Subsecretaría N.C. n 5.
Excmo. Sr.
De acuerdo con lo que manifiesta en su escrito Personal y Reservado n.º 624 de 24 de Septiembre, ruego a V.E. que el individuo que al respaldo se menciona, sea trasladado debidamente custodiado a Barcelona a la Prisión de Montjuich, en donde será entregado a disposición del Capitán General de la 4ª Región Militar. Dios guarde a V.E. muchos años.

ANEXO 4

RELACIÓN NOMINAL DE VÍCTIMAS MORTALES POR ACTUACIÓN POLICIAL O POR LA DE PERSONAS O GRUPOS ULTRADERECHISTAS

(1 de enero de 1968-31 de diciembre de 1978)[183]

El concepto de víctima del que aquí partimos es el definido en la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985: «1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder».

Entre estas, han quedado excluidas las que fallecieron en el curso de enfrentamientos armados con las fuerzas de seguridad. No solo por rechazo ético y político de cualquier forma de violencia armada para la consecución y defensa de la democracia, sino porque es la línea marcada por el artículo 10 de la Ley de la Memoria Histórica, el citado Real Decreto – Ley 1803/2008 y la clara posición adoptada recientemente por el gobierno vasco en dicho sentido en el Decreto 107/2012, de 12 de junio, de «Declaración y Reparación de las Víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco». En dicho Decreto se considera «violencia de motivación política» la que se haya producido concurriendo las siguientes condiciones: «A) Haber sido ejercida por funcionarios contra el ejercicio de los derechos de las personas. B) Haber sido realizada con la intención de influir en la sociedad. C) Haberse llevado a cabo en un contexto de impunidad, lo que dificultó tanto la investigación de los hechos como el propio reconocimiento y reparación de las víctimas». Y añade: «En ningún caso, se admitirán supuestos en los que el afectado se encontrara desarrollando alguna actividad violenta, incluso en los casos en que el fallecimiento o las lesiones se produjeran por actos dirigidos a evitar o repeler directamente dicha acción violenta».

Enrique Ruano Casanova. 19 de enero de 1969, Madrid[184]
Segundo Urteaga Unzueta. 15 de mayo de 1969, Urabain
Jesús Murueta Goikoetxea; Antón Fernández. 29 de octubre de 1969, Erandio
Javier Escalada Navaridas. 14 de marzo de 1970, Pamplona (comisaría de policía)

Manuel Andueza Elizalde.17 de julio de 1970, San Sebastián
Cristobal Ibáñez Encinas; Antonio Huertas Remigio; Manuel Sánchez Mesa. 21 de julio de 1970, Granada
Roberto Pérez Jáuregui. 4 de diciembre de 1970, Eibar
Pedro Patiño Toledo. 13 de septiembre de 1971, Madrid[185]
Antonio Ruiz Villalba (SEAT). 18 de octubre de 1971, Barcelona
Amador Rey Rodríguez; Daniel Niebla García. 10 de marzo de 1972, El Ferrol
José María Fuentes Fernández. 4 de diciembre de 1972, Santiago de Compostela[186]
Manuel Fernández Márquez. 8 de abril de 1973, Sant Adrià del Besòs (Barcelona)
Cipriano Martos Jiménez. 17 de septiembre de 1973, Reus (cuartel de la guardia civil)
Jokin Diestre Barroso. 16 de octubre de 1973, Munguía
Victoriano Diego Gómez. 24 de octubre de 1973, Madrid
Pedro Barrios González. 20 de diciembre de 1973, Madrid[187]
Miguel Roldán Zafra. 1 de agosto de 1974, Carmona (Sevilla)
Mikel Salegi Urbieta. 18 de diciembre de 1974, San Sebastián
Víctor Manuel Pérez Elexpe. 20 de enero de 1975, Portugalete
Juan Pozie. 27 de febrero de 1975, Barcelona
Manuel Montenegro Simón. 1 de mayo de 1975, Vigo
Koldo Arriola Arriola. 23 de mayo de 1975, Ondárroa
Maria Alexandra Leckett. 27 de mayo de 1975, San Sebastián
Alfredo San Sebastián. 16 de junio de 1975, Munguía
Xosé Ramón Reboiras. 12 de agosto de 1975, El Ferrol[188]
Jesús García Ripalda. 31 de agosto de 1975, San Sebastián
José Ramón Martínez Antia. 18 de septiembre de 1975, Madrid
Kepa Josu Etxandi. 3 de octubre de 1975, Luzaide (Navarra)
Antonio González Ramos. 31 de octubre de 1975, Tenerife (comisaría de policía)[189]
Ángel Esparza Basterra. 25 de noviembre de 1975, Legutiano
José Ramón Rekarte. 4 de diciembre de 1975, Vitoria
Kepa Tolosa Goikoetxea. 9 de diciembre de 1975, Beasain
Teófilo del Valle Pérez. 24 de febrero de 1976, Elda (Alicante)
Francisco Aznar Clemente (17 años); Romualdo Barroso Chaparro (19 años); José Castillo García (32 años); Pedro Martínez Ocio (27 años); Bienvenido Pereda Moral (30 años). 3 de marzo de 1976, Vitoria[190]
Juan Gabriel Rodrigo Canijo. 6 de marzo de 1976, Tarragona
Vicente Antón Ferrero. 8 de marzo de 1976, Basauri
Oriol Solé Sugranyes. 6 de abril de 1976, Burguete (Navarra)
Felipe Suárez .12 de abril de 1976, Zarautz
Alberto Soliño Mazas. 12 de junio de 1976, Eibar
Francisco Javier Verdejo Lucas. 14 de agosto de 1976, Almería
Josu Zabala. 8 de septiembre de 1976, Fuenterrabía
Bartolomé García Lorenzo. 22 de septiembre de 1976, Tenerife[191]
Francisco Javier Alonso. 10 de octubre de 1976, Burlada (Navarra)
Santiago Navas Aguirre; José Javier Nuin Azcárate. 28 de noviembre de 1976, Santesteban (Navarra)
Ángel Almazán Luna. 15 de diciembre de 1976, Madrid
José Vicente Casabany. 7 de enero de 1977, Chirivella (Valencia)
María Luz Nájera Julián. 24 de enero de 1977, Madrid
Francisco Egea. 24 de febrero de 1977, Cartagena
José Luis Aristizábal Lasa. 13 de marzo de 1977, San Sebastián

Isidro Susperregi Aldako. 30 de marzo de 1977, San Sebastián
Rafael Gómez Jáuregi. 12 de mayo de 1977, Rentería
José Luis Cano Pérez; Manuel Fuentes Mesa. 14 de mayo de 1977, Ortuella (Vizcaya)
Miguel del Caño. 13 de mayo de 1977, San Sebastián
Luis Santamaría Mikelena. 14 de mayo de 1977, Pamplona[192]
Gregorio Maritxalar Ayestarán. 24 de mayo de 1977, Rentería
Ángel Calvo Pérez. 27 de agosto de 1977, Laguna de Duero (Valladolid)
Carlos Gustavo Frecher Solana. 11 de septiembre de 1977, Barcelona
Gonzalo Pequeño Morato. 14 de octubre de 1977, Luchana (Vizcaya)
Manuel José García Caparrós. 4 de diciembre de 1977, Málaga[193]
Javier Fernández Quesada. 13 de diciembre de 1977, Tenerife
Jesús Fernández Trujillo. 13 de diciembre de 1977, La Laguna (Tenerife)
Francisco Rodríguez Ledesma. 4 de enero de 1978, Sevilla
Efrén Torres Abrisketa. 24 de enero de 1978, Arrigorriaga (Vizcaya)
Agustín Rueda Sierra. 14 de marzo de 1978, Prisión de Carabanchel (Madrid)
Elvira Parcero Rodríguez. 21 de abril de 1978, Vigo
José Luis Escribano. 5 de mayo de 1978, Soria
José Emilio Fernández Pérez. 24 de junio de 1978, Apatamonasterio (Vizcaya)
Felipe Carro Flores. 26 de junio de 1978, Sestao
Germán Rodríguez. 8 de julio de 1978, Pamplona
Joseba Barandiaran Urkiola. 11 de julio de 1978, San Sebastián
Gustavo Muñoz de Bustillo. 11 de septiembre de 1978, Barcelona
Emilio Larrea. 15 de diciembre de 1978, Mondragón (Guipúzcoa)[194]

VÍCTIMAS MORTALES DE ACCIONES DE PERSONAS O GRUPOS ULTRADERECHISTAS

Iñaki Etxabe Orobengoa. 5 de octubre de 1975, Vizcaya
Ricardo García Pellejero; Aniano Jiménez Santos. 9 de mayo de 1976, Montejurra (Navarra)
María Norma Mentxaka. 9 de julio de 1976, Santurce
Carlos González Martínez. 27 de septiembre de 1976, Madrid
Arturo Ruiz García. 23 de enero de 1977, Madrid
Francisco Javier Sauquillo Pérez del Arco; Luis Javier Benavides Orgaz; Serafín Holgado de Antonio; Enrique Valdevira Ibáñez; Ángel Rodríguez Leal. 24 de enero de 1977, Madrid (despacho de abogados laboralistas de Atocha)[195]
Ángel Valentín Pérez. 20 de marzo de 1977, Barcelona
Francisco Javier Núñez. 14 de mayo de 1977, Ortuella (Bilbao)
Juan I. Barandiarán Urkiola. 9 de julio de 1978, San Sebastián
Juan Peñalver Sandoval. 20 de septiembre de 1977, Barcelona (*El Papus*)
Miquel Grau Gómez. 6 de octubre de 1977, Alicante
David Salvador Bernardo. 7 de octubre de 1977, Andoain
Martín Merkelanz. 24 de mayo de 1978, Irún
Manuel Medina Ayala. 27 de septiembre de 1978, Sevilla
Domingo Gutiérrez Delgado. 21 de octubre de 1978, Sevilla
José Andrés Fraguas Fernández. 30 de octubre de 1978, Madrid (*El País*)
José Miguel Beñarán Ordeñana, «Argala». 21 de diciembre de 1978, Anglet (Bayona, Francia).

Todas las víctimas anteriores expresan el mantenimiento hasta el final de la dictadura y en el periodo inmediatamente posterior de un elevado grado de violencia que tan bien describió Julián Casanova como la «médula espinal» de la dictadura;[196] y, en este último periodo, con la activa colaboración de la extrema derecha, colaboración que fue un factor que dificultó en muchas ocasiones la investigación penal y favoreció la impunidad de los autores y responsables de delitos muy graves. La intensificación de la represión estuvo favorecida porque desde el 3 de agosto de 1968 hasta el 25 de abril de 1975 se declararon seis estados de excepción, lo que representaba un notorio incremento de las facultades de las autoridades gubernativas y, principalmente, de la Brigada Social, en gravísimo perjuicio de las ya limitadas garantías y libertades ciudadanas.[197]

ANEXO 5

CASO «AGUSTÍN RUEDA»: AUTOPSIA

Informe Médico Forense-Autopsia realizado el 15 de marzo de 1978.

Que cumpliendo lo ordenado por el Juzgado practicaron en el día de hoy, en el Instituto Anatómico Forense de esta Capital, la autopsia del cadáver de AGUSTIN RUEDA SIERRA, tras lo que pueden emitir el siguiente

INFORME

Examen externo.- Cadáver de un varón de unos veinticinco años de edad, de hábito atlético, bien constituido, nutrido y fuertemente musculado.

Sus índices antropométricos son los siguientes:

– estatura: 1,74 m
– diámetro biacromial: 51 cms
– perímetro torácico: 103 cms
– perímetro del bíceps derecho: 32 cms

Todas estas medidas son expresión de la fuerte complexión del sujeto.

Son notorias las intensas livideces que rebasan los planos dorsales para configurarse también por las regiones laterales del tórax.

La inspección del cadáver permite apreciar innumerables huellas de contusiones de localización múltiple, de mayor o menor intensidad, y todas ellas de producción inmediatamente anterior a la muerte. Ninguna de ellas data de más de veinticuatro horas antes de la muerte.

En un intento de descripción ordenada vamos a enumerar las más significativas:

– Erosión lineal sobre la ceja izquierda de unos veinticinco centímetros.
– Herida contusa en la cola de la ceja derecha de unos dos centímetros.
– Pequeña herida contusa en región occipital, a la izquierda de la línea media.
– Contusiones en ambos tobillos, más especialmente acusadas en el derecho.
– Infiltración hemática en el dorso de ambas manos, más en la derecha.
– Zonas contusivas en el tórax, en ambas regiones laterales, en precordio y en la región esternal.
– Zona contusiva sobre el hipocondrio derecho.
– Contusiones laterales en la cara externa del muslo izquierdo, así como en la interna del derecho, huella de vergajazos.
– Múltiples contusiones lineales, agrupadas en amplias equimosis en los hombros, en la cara externa de los brazos y en el borde cubital de ambos antebrazos.
– En el dorso, y sobre la zona de livideces cadavéricas se aprecian grandes zonas de infiltración hemática en vida sobre las regiones escapulares, masas musculares paravertebrales y regiones de los flancos.

– Sobre las nalgas son particularmente notorias, por cuanto estas regiones, pálidas por compresión de decúbito, no se ven afectadas por las livideces cadavéricas: Ambas nalgas presentan huellas de contusiones múltiples, preferentemente lineales, por acción de vergajo o agente contusivo similar.

PARA MEJOR INFORMACIÓN, APRECIACIÓN y OBJETIVACIÓON de cuanto se ha descrito en este apartado se han tomado fotografías en color que se acompañarán, tan pronto las facilite el laboratorio, al presente Dictamen.

EXAMEN INTERNO.- Cráneo: El colgajo anterior de las cubiertas presenta tres zonas de infiltración más o menos redondeadas, mientras que en el colgajo posterior la infiltración hemática es difusa, completa, especialmente intensa en la región de la nuca. Las meninges aparecen contusionadas sobre la región parietal izquierda, así como el cerebro, en el que aparece una zona de hemorragia subaracnoidea sobre el lóbulo parietal izquierdo. Los cortes practicados para estudio del cerebro muestran congestión cerebral con piqueteado hemorrágico. Hay integridad de las estructuras óseas tanto de la bóveda como de la base del cráneo.

Tórax: Están íntegras todas las costillas, así como el esternón. Sobre la sexta costilla derecha, y a nivel de la línea axilar anterior, existe un foco de contusión en forma de hematoma, como igualmente existe otro sobre la segunda costilla izquierda, próximo a su articulación esternal. Los pulmones están congestivos, aflorando espuma de pequeñas burbujas por las boquillas bronquiales seccionadas en los cortes practicados. El corazón es grande, voluminoso, con acentuada hipertrofia del miocardio a nivel del ventrículo izquierdo. Su peso es de 390 grs. Las cavidades derechas están repletas de sangre parcialmente coagulada. Escasa cantidad de sangre de similares características en las cavidades izquierdas. (1)

Abdomen: El estómago contiene abundantes restos líquidos, recién ingeridos que por sus características organolépticas pueden reconocerse como zumo de naranja. El hígado está fuertemente congestivo. La vesícula y su contenido son normales. El bazo tiene menos sangre de lo habitual. Los planos musculares de las paredes del abdomen están totalmente infiltrados de sangre en sábana en unas zonas, especialmente en los flancos y en placas redondeadas sobre el epigastrio e hipocondrio derecho. No se han apreciado huellas de contusión en la superficie de las vísceras de esta cavidad, ni en los cortes que se les ha practicado para su estudio. No se ha apreciado alteración macroscópica en las suprarrenales.

(1) Tórax: Los lóbulos inferior y medio de ambos pulmones, a nivel de su superficie lateral externa presentan amplias zonas de infiltración hemática por contusiones, siendo especialmente notorias en el ángulo que forman las superficies inferiores y laterales.

Se han tomado muestras viscerales, del contenido gástrico y de secreciones bronquiales para su estudio complementario toxicológico y anamopatológico microscópico. Se adjuntarán al presente dictamen tan pronto las aporten del Instituto Nacional de Toxicología, donde se han remitido.

CONSIDERACIONES MÉDICO-FORENSES.- Hemos encontrado un cuadro lesivo de excepcional importancia, demostrativo de sevicias en forma de contusiones múltiples que afectan prácticamente a toda la superficie corporal, que muestra signos inequívocos de haber sido apaleada hasta dejar al sujeto en situación tan lastimosa que no ha podido recuperar las constantes orgánicas falleciendo por el mecanismo del shock traumático, debido a la pérdida de sangre que supone su extravasación en el tejido celular subcutáneo.

El apaleamiento se ha ocasionado por varios objetos, siendo especialmente reiterativo el empleo de objeto contundente alargado de tipo blando, como puede ser la porra o vergajo. Sus huellas indelebles, patognomónicas las encontramos en los muslos, nalgas y espalda.

También se ha empleado objeto duro, de menor tamaño, del que son consecuencia indudable las contusiones pericostales a nivel de la sexta derecha y segunda izquierda.

No hay huellas de ataduras, por lo que la víctima ha podido intentar defenderse de la lluvia de golpes que sobre él ha caído, cubriéndose la cabeza y cara con las manos, de ahí las escasas lesiones en el rostro y en la mitad anterior de la cabeza, mientras que están especialmente contusionados el dorso de las manos y el borde cubital de los antebrazos.

Por descontado, que dada la fuerte complexión de la víctima (25 años, bien nutrido, atlético, 1,75 de estatura y perímetro torácico de 103 cm) y el hecho señalado de que no estuvo trabado por ataduras, obliga a asertar que las lesiones fueron producidas por un grupo de agresores.

Las contusiones especialmente notables apreciadas en los hombros son huella de golpes aplicados para abatir al sujeto, para hacerle doblar las rodillas, o han sido aplicados en esta posición.

El hecho de que no se aprecie fractura alguna, ni de costilla ni de cráneo, y que, pese a ello, se hayan ocasionado contusiones intensas en los pulmones y en las meninges indica que el apaleamiento ha sido ejecutado con tecnicismo. Se puede afirmar que no es posible, salvo especial destreza, ocasionar tantas lesiones externas respetando las estructuras óseas subyacentes.

Las contusiones repartidas por toda la superficie corporal, han condicionado la infiltración hemática de los tejidos de la mitad posterior de la cabeza, de la cara externa de ambos brazos, de los hombros, de la espalda, lomos y nalgas, de las extremidades inferiores, de la región pectoral, del epigastrio, del hipocondrio derecho y de los flancos, amén de las infiltraciones viscerales consignadas en el examen del cerebro y los pulmones.

Toda esta sangre infiltrada en los tejidos ha sido secuestrada del torrente circulatorio, y en atención a la superficie contundida y al espesor de la equimosis y hematomas, podemos estimar su cálculo por encima de los tres litros.

Así se ha creado un estado de disminución grave, diseminada, de la perfusión de los tejidos, con deficiencia generalizada de la función celular.

Esto corresponde a un estado de shock por hipovolemia ocasionada por la salida de gran cantidad de sangre de los vasos a los tejidos, a causa de los golpes recibidos en la mayor parte de la superficie corporal, con desgarro y atrición de arterias y venas y capilares de la piel, tejido subcutáneo, músculos y de algunas vísceras internas.

Este síndrome de shock se ha producido de forma gradual, extendiéndose más allá de las posibilidades de compensación. Es lógico suponer una primera fase asintomática, hasta que la extravasación superase el 20% del volumen sanguíneo (un litro y medio aprox.) momento en que se presenta vasoconstricción generalizada con descarga adrenérgica, taquicardia, palidez, sudoración, sed, frialdad de extremidades e inquietud.

A partir de este momento, las pérdidas adicionales de sangre producen un deterioro rápido de la circulación, con reducciones del gasto cardiaco, perfusión tisular y presión sanguínea que ponen en peligro la vida.

El tratamiento debe ser la restitución rápida del gasto cardiaco y la perfusión tisular. La medida más efectiva, cuando como en este caso se debe a una reducción primaria en el volumen intravascular, es la infusión rápida de líquidos expansores del volumen: sangre total, plasma, sustitutivos o soluciones y electrolíticas isotónicas.

La conjunción de las lesiones sufridas y la falta del tratamiento adecuado han conducido a la muerte.

De lo anteriormente expuesto se deducen las siguientes

CONCLUSIONES MÉDICO-LEGALES:

1ª. Que se trata de una muerte violenta.

2ª. Que su causa ha sido un shock traumático.

3ª. Que este ha sido la consecuencia de un apaleamiento generalizado, prolongado, intenso y «técnico».

4ª. Que no ha habido asistencia correcta desde el momento de las lesiones hasta la muerte.

5ª. Que la muerte se ha producido de doce a dieciocho horas después de recibir los golpes, durante las que se instauró paulatinamente el estado de shock que condujo a la muerte.

ANEXO 6

LAS DESAPARICIONES FORZADAS COMO CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

LAS DENUNCIAS POR LAS DESAPARICIONES FORZADAS

Dichas denuncias podrían ser calificadas de «Crímenes de guerra»

Entre otras, de la más variada índole, por las siguientes razones:

a) A la vista de la previsión constitucional del art. 7 de la Constitución de la II República de 1931 de que «el Estado español acatará las normas universales de Derecho Internacional incorporándolas a su derecho positivo».

b) Que España era parte no solo del Convenio de Ginebra de 27 de julio de 1929, relativo al tratamiento a los prisioneros de guerra, sino también del Convenio de la Haya de 1899 que codificaba las leyes y usos de carácter consuetudinario, y entre ellos la conocida por «Cláusula Martens» que fue incorporada al Preámbulo del Convenio de La Haya de 1907: «En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellos, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de Humanidad y de las exigencias de la conciencia pública». Cláusula Martens cuyo contenido esencial fue incorporado asimismo al Derecho Internacional convencional en el artículo 3° de los Convenios de Ginebra de 1949, que supusieron la codificación del Derecho Internacional consuetudinario ya existente.

c) Y finalmente, a la vista de los factores y circunstancias que se recogen en la valoración Primera «se llevaron a cabo dentro de un plan generalizado y sistemático de represión y eliminación del oponente político» y que el «Bando de guerra» de 28 de julio de 1936 tras el fallido golpe militar contra el Gobierno constitucional el 17-18 de julio de 1936, se prolongó al menos hasta 1945, según se infiere de los razonamientos contenidos en el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 7 de abril de 1948 (aplicando la propia legalidad franquista, pese a que la Jurisdicción Militar entendía a primeros de marzo de 1948 que seguía vigente el «estado de guerra» decretado en 1936).[198]

También podrían ser calificadas como «crímenes de lesa humanidad»

Asimismo, y por las razones que se recogen a continuación, las privaciones ilegales de libertad también podrían ser calificadas de «crímenes de lesa humanidad». Veamos los fundamentos de esta valoración jurídico-penal.

a) La «Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas», aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 y abierta a la firma en París el 6 de febrero de 2007 (a cuyo acto asistió el presidente del Gobierno de España), recoge en su preámbulo las siguientes afirmaciones:

Los estados parte en la presente Convención,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Teniendo en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Recordando

− el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
− el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
− y los otros instrumentos internacionales pertinentes
  − de derechos humanos
  − del derecho humanitario
  − y del derecho penal internacional

Recordando también la «Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas», aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

Conscientes de la extrema gravedad de la desaparición forzada, que constituye un delito y, en determinadas circunstancias definidas por el Derecho internacional, un crimen de lesa humanidad.

Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada.

Teniendo presentes

− el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada
− y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación

Afirmando

− el derecho a conocer
  − la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada,
  − y la suerte de la persona desaparecida,
− así como el respeto a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin.

Han convenido en los siguientes artículos:

Artículo 2:

A los efectos de la presente Convención se entenderá por «desaparición forzada»

el arresto,
la detención,
el secuestro
o cualquier otra forma de privación de libertad

que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la Ley.

> Artículo 5:
> La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad, tal como está definido en el Derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.[199]

b) Habida cuenta asimismo que el art. 7.1.i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ratificado por España y en vigor desde el 1° de julio de 2002) viene a confirmar este mismo concepto, cuando de un lado, incluye la «desaparición forzada» entre los «crímenes de lesa humanidad» señalando qué se entiende por desaparición forzada (art. 72.i)), y por otro, determina que para ser considerada crimen de lesa humanidad, tal acto debe ser cometido «como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque» (art. 7.1).[200]

c) Y dado que las detenciones se practicaron dentro de un plan generalizado y sistemático contra una población civil, según se infiere de los hechos y documentos recogidos en la precedente valoración.

Por tanto, tal como afirmábamos al inicio de esta valoración, las privaciones ilegales de libertad seguidas de desaparición también podrían ser calificadas de «desaparición forzada» o de «delito de lesa humanidad», del art. 607 bis del Código Penal tras la reforma introducida en el mismo por la Ley Orgánica 15/2003 añadiendo al Título XXIV («De los delitos contra la comunidad internacional») el Capítulo II bis («De los delitos de lesa humanidad»), pues dicho artículo 607 bis establece:

> 1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.
>
> En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:
>
> 1.° Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
>
> 2.° En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.
>
> 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:
>
> 1.° Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.
>
> Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139. [...]
>
> 7.° Con la pena de prisión de 8 a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.
>
> Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.
>
> 8.° Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

Posicionamiento de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo

Que por la Audiencia Nacional en su sentencia de 19 de abril de 2005 (caso Scilingo) por la que, tras rechazar (f.1.6) la calificación propuesta de genocidio, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de lesa humanidad del art. 607 bis 1.1° y 2° y 2.1°, 7° y 8° del vigente Código Penal, y condenó a Francisco Scilingo, «como autor responsable de un delito de lesa humanidad: 1° con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2° con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3° con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad».[201]

Sin embargo, por el Tribunal Supremo (sentencia 1 de octubre de 2007, caso Scilingo) en el recurso de casación interpuesto contra la citada resolución de la Audiencia Nacional, tras anular parcialmente la misma, emitió fallo condenatorio condenándole «como autor [no de un delito de lesa humanidad, sino] de 30 delitos de asesinato previstos y penados en el art. 139.1°, como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el art. 163, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal previstos y penados en el art. 163,todos ellos del Código Penal vigente, [pero añadió] los cuales constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional».[202]

El artículo 607 bis del Código Penal vigente y el principio de legalidad penal

Que el Tribunal Constitucional, pese a los recursos de amparo que se han presentado contra resoluciones de la Jurisdicción ordinaria en supuestos de detenciones ilegales desde el golpe de Estado, al rechazarlos por aspectos meramente formales, no se ha pronunciado todavía sobre la aplicabilidad del citado art. 607 bis del Código Penal a las desapariciones forzadas subsiguientes al golpe militar del 17-18 de julio de 1936 y por consiguiente, no se conoce si, a juicio de dicho Tribunal, cabe o no una modulación al principio de legalidad penal establecido en el art. 25.1 de la Constitución de 1978, teniendo en cuenta la normativa de Derecho Penal Internacional. Y, sin embargo, dicho tribunal ha realizado esta modulación cuando ha examinado el derecho a la legalidad penal en el ámbito sancionador administrativo o ante las llamadas «leyes penales en blanco» tanto ante sanciones administrativas (STC 242/2005, de 10 de octubre, fund. 2) como ante delitos de derecho interno como los de tenencia ilícita de armas, intrusismo, etc. (STC 283/2006, de 9 de octubre, fund. 5).

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre ya apunta la importancia que tiene la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional: «El actor alega también la infracción del principio de legalidad en materia penal a que se refiere el art. 25.1 de la Constitución, ya que los conceptos de los arts. 431 y 566.5 del Código Penal (el pudor, las buenas costumbres, la moral, la decencia pública), aplicados por las sentencias, son abstractos, relativos e inconcretos, y no contienen para el ciudadano un mensaje taxativo que toda norma penal ha de comprender. En relación con esta pretendida vulneración, debemos recordar

que el art. 25.1 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta (o infracción administrativa) de acuerdo con la legislación vigente. Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal». (STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. 7.C)[203]

Circunstancias a considerar para esa posible modulación

Que para poder llevar a cabo esa modulación del principio de legalidad podrían tenerse en cuenta, entre otras, circunstancias tales como:

1) el valor supralegal —a la vista de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 96.1 de la Constitución— de los tratados, convenciones, resoluciones etc. incorporados en nuestro derecho interno conforme al párrafo primero de dicho artículo art. 96.1 (STC 11/1985, de 30 de enero, y STC 28/1991, de 14 de febrero).

2) El carácter infraconstitucional de los mismos dado que el art. 95.2 de la Constitución española de 1978 establece la posibilidad de un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales.

3) Que cuando se trata de derechos humanos tanto la Constitución como el derecho interno deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España (art. 10.2 de la CE) y en consecuencia, han de tenerse en cuenta asimismo los criterios interpretativos de los tribunales de derechos humanos. Véase la STC 245/1991, de 16 de diciembre, en la que se valora el alcance de la ejecución interna de las sentencias del TEDH, y se recoge, entre otras, la siguiente doctrina:

> El derecho a un proceso con todas las garantías, al igual que los demás derechos fundamentales, ha de ser interpretado de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE) entre los que ocupa un especial papel el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del que el TEDH realiza la interpretación y cuyas decisiones son obligatorias para nuestro Estado. (fund. 3).

4) Que por tanto también el alcance del art. 25.1 de la CE debe valorarse teniendo en cuenta el art. 10.2 de la CE.

5) Que cuando se trata de normas *non self-executing* en materia de derechos humanos, el juez viene obligado a interpretar el derecho interno de conformidad con dicha Declaración Universal y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, porque ya están incorporados al derecho interno (vía «publicación» de su contenido —art. 96.1 CE— para conocimiento de los operadores jurídicos, especialmente los jueces y tribunales) aunque sin el desarrollo legislativo o reglamentario pertinente.

6) Que la pasividad del legislador del Estado en la conversión de tales normas de derechos humanos en *self-executing* —como la tardía incorporación formal al Código penal del art. 607 bis por la LO 15/2003, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004—, no puede ir en perjuicio de uno de los objetivos esenciales de dicha normativa internacional de Derechos Humanos, como es evitar la impunidad de crímenes gravísimos contra la Humanidad (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973).

7) Que la ausencia de fijación previa de pena en estas normas (de ahí en parte su calificación doctrinal de *non self-executing)* puede ser suplida por la aplicación de las penas de los delitos comunes de derecho interno subyacentes y por tanto puede entenderse también que esas normas internacionales lo que en verdad están realizando es invitar únicamente a elevar, en su caso, a cada Estado parte, el mínimo penal que ya tienen reflejado cada uno de ellos en los delitos comunes subyacentes.

8) Que en el momento de esa modulación esperable, debe tenerse en cuenta asimismo la especial trascendencia de los bienes jurídicos que se pretenden proteger con tales normas, tanto en relación a la protección de las víctimas en el núcleo duro de sus derechos fundamentales —sector al que rara vez se hace referencia como contrapeso en el discurso interpretativo del alcance del derecho fundamental del enjuiciado del art. 25.1, siendo así que también existe el derecho fundamental de las víctimas a la tutela judicial efectiva—, como a la necesidad internacionalmente señalada de proteger a la humanidad misma, por la acentuada gravedad de los actos cometidos y el contexto facilitador de impunidad en que se realizan.

9) Que si bien es adecuado en un auténtico Estado de Derecho, acentuar su carácter estricto en el momento de la formulación/conformación del derecho a la legalidad penal, —dados los riesgos históricos que han supuesto concepciones como las de la Unión Soviética o la Alemania nazi— no parece prudente elevar el nivel de exigencia hasta el punto de facilitar la impunidad, máxime teniendo en cuenta las serias dificultades que la comunidad internacional encuentra para llegar a buen puerto en el camino de la tipificación internacional de estos delitos.

10) que cabe preguntarse si a estas alturas de desarrollo del Derecho Penal Internacional, no es posible aceptar que el Derecho Penal Internacional consuetudinario tenga la misma virtualidad que el convencional, una vez incorporados formalmente al ordenamiento interno.

11) Que el propio Tribunal Supremo pese a rechazar la aplicabilidad del art. 607 bis del Código Penal, por seguir las exigencias formales y materiales del principio de legalidad penal fijadas por el Tribunal Constitucional, sin embargo, razona que dicha normativa internacional sobre derechos humanos (citando al respecto no solo la Declaración Universal de Derechos Humanos sino «los Tratados Internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (fund, Sexto.5), puede ser tenida en cuenta, no solo como elemento de ponderación de la mayor gravedad de los hechos y consiguiente fijación de la pena dentro del margen que le permite el derecho interno, sino además para poder justificar su perseguibilidad universal. Es más, llega a afirmar el Tribunal Supremo: «Las previsiones del Derecho Internacional penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Convenios suscritos por España, concreta y especialmente (CEDH y el PIDSID deben ser tenidos en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho Interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales» (fund. Octavo). Y por su parte, el propio Tribunal Constitucional (STC 107/1992, de 1 de julio) al tratar el tema de

las inmunidades y lo establecido en el art. 21 de la L.O.P.J., tras afirmar que: «Los órganos jurisdiccionales españoles —incluido este Tribunal— se convierten en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional», y «la mencionada remisión normativa del art. 21.2 L.O.P.J. exige, en cada caso, determinar la norma aplicable en conexión con el ordenamiento internacional; solución esta a la que nada cabe achacar en estrictos términos jurídico-constitucionales, aunque parece aconsejable que se lleve a cabo un desarrollo legislativo de esta materia que produzca una mayor seguridad jurídica» (fund. Cuarto).

12) Que en la modulación del alcance del art. 25.1 parece que deban tenerse en cuenta también las especificidades del Derecho Penal Internacional consuetudinario y convencional, para una mejor conformación del derecho a la legalidad penal, como base esencial de un Estado de Derecho.

13) Que ello llevaría, por ejemplo a admitir la propuesta que formuló el Profesor de Derecho Internacional Remiro Bretons en el curso de Formación continuada de la Escuela Judicial sobre Derecho Penal Internacional: «Probablemente no cabe requerir al juez estatal que, a semejanza del juez de Nuremberg, se deje impresionar por la monstruosidad de ciertos hechos para convencerse a sí mismo de la imposibilidad de que con anterioridad no estuvieran ya incriminados, pero sí cabe proponer que —a menos que la ley o los tratados dispongan expresamente otra cosa— la fecha decisiva para que puedan proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a las normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en las normas generales del Derecho Internacional».[204] Y como apoyo a su propuesta, recoge la referencia (39) al auto del Juzgado n° 1 de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2000, para luego afirmar que el «Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania ha traducido en cierto modo esta idea cuando para justificar la persecución penal de los «vopos» de la República Democrática Alemana, responsables de homicidios y lesiones a quienes trataban de cruzar irregularmente la frontera entre las dos Alemanias, afirmó que el principio de irretroactividad no ha de operar cuando el Derecho está en oposición fundamental con la Justicia.»[205]

Dudas sobre aplicabilidad del artículo 607 bis hasta pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Que hasta tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie, o la Sala Penal del Tribunal Supremo modifique su criterio interpretativo, debe entenderse que existen ciertas dudas de que a las privaciones ilegales de libertad a partir del golpe de Estado de 1936, pueda ser aplicado el art. 607 bis del Código Penal vigente por la vía de su calificación de delito de lesa humanidad.

Aunque cabe hacer referencia en este momento «al importante papel que pueden jugar las jurisdicciones internas para asegurar una adecuada aplicación del Derecho Internacional, sacando provecho de una concepción monista de las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno, que permita revisar una concepción estrictamente formal del principio de legalidad sin menoscabar por ello los derechos de los justiciables», según considera Fernández Pons, tras analizar los razonamientos vertidos por Damien Vandermeersch, juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, en el auto dictado el 6 de noviembre de 1998, en el marco del proceso seguido en Bélgica contra Augusto Pinochet. Dicho juez estimó que aunque la norma internacional consuetudinaria que formula los crímenes contra la humanidad sea incompleta *(non self-executing)* pues no contempla la pena a imponer, el juez natural puede integrarla aplicando las penas correspondientes a las «infractions en vertu du Droit penal commun» que normalmente serán más bajas que las que merecería un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, preservando el

principio de legalidad de las penas.[206] Y parece oportuno asimismo traer a colación las aseveraciones de este mismo autor en dicho trabajo:

> A partir del examen de la jurisprudencia se han podido identificar esencialmente tres respuestas a la cuestión:
> a) la negación de la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en la incriminación internacional del individuo;
> b) la afirmación de tal vigencia, justificando su vulneración mediante una ponderación de los diversos valores en presencia; y
> c) la adaptación del principio a las peculiares formas de creación de las normas internacionales, excluyendo el carácter retroactivo de las «nuevas» incriminaciones y considerándolas como declarativas de un Derecho preexistente.[207]

Y continúa afirmando Fernández Pons: «que esta tercera solución ha sido la preferida por la jurisprudencia y la acogida a nivel convencional. Así, tras la consagración del principio de irretroactividad de la legislación penal sancionadora en el Derecho Internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 han tratado de evitar la censura de juicios como los de Nuremberg y de jurisdicciones internas a otros nazis o supuestos análogos, pues tras proclamar el principio de legalidad, puntualizan, en sus respectivos arts. 7.2 y 15.2, que es compatible con dicho principio castigar a una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, fuese criminal «a la luz de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas»». Y entre otras, pueden citarse las sentencias del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos «Papon contra Francia», 15 de noviembre de 2001) y «Kolk y Kislyiy contra Estonia» (17 de enero de 2006).

En la actualidad, el delito de detención ilegal de los artículos 163 y 167 del Código Penal vigente

Por tanto, hoy por hoy, los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de detención ilegal del art. 163 en relación con el art. 166 del vigente Código Penal, máxime teniendo en cuenta el carácter permanente de este delito tal como se razona a continuación, y especialmente en la STS 2-11-1999. Criterio aplicado en el auto de 27 de junio de 2008 del Juzgado Central n.° 4 de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 120/2006 («Caso Pertur»).

Ello no impide, siguiendo el criterio de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 («Caso Scilingo»), estimar que estemos ante un delito de detención ilegal que para el Derecho Internacional sería de un «crimen de guerra» o ante un delito de «desaparición forzada» o de «crimen de lesa humanidad».

El delito de detención ilegal es un delito permanente según la doctrina penal

Que el delito de detención ilegal es un delito permanente. Así lo ha entendido la doctrina, recogiéndolo incluso como el ejemplo típico de delito permanente. Así, entre otros, los siguientes

autores:

– Rodríguez Devesa, *Derecho penal español* (parte especial), Madrid, 1973, p. 268, al tratar los delitos de detenciones ilegales afirma: «La consumación se produce en el mismo momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar su voluntad de alejarse del lugar en que se encuentra; mas como la lesión del bien jurídico es susceptible de prolongarse por el agente, estamos ante un delito de permanencia relativa, en el que cabe una participación posterior a la consumación». Y este mismo autor, en la parte general del libro (Madrid, 1974) en las pp. 351-352 mantiene: «Delitos permanentes son aquellos en que a consecuencia de la actividad del sujeto se crea un estado antijurídico cuya cesación depende de su voluntad. Cuando esta actividad se halla incorporada al tipo se habla de delitos absolutamente permanentes o de permanencia absoluta, como ocurre en las detenciones ilegales por más de veinte días previstas en el art. 481-1°. [...] Esta clasificación tiene importancia en los problemas de participación con posterioridad a la consumación y para el comienzo de la prescripción, entre otros problemas»; y en la página 724 sostiene que en los delitos permanentes «la permanencia pertenece al tipo».
  Y al tratar de la prescripción, en la página 579, afirma respecto al inicio del cómputo del plazo prescriptivo: «Si es un delito permanente, cuando cese la lesión del interés jurídico protegido».
– Quintero Olivares, en su obra *Introducción al derecho penal* (parte general, Barcelona, Barcanova, 1981), afirma en la p. 240: «En los delitos permanentes (p.e. la detención ilegal) el resultado se alcanza al ofenderse el bien jurídico (la víctima fue privada de libertad), pero el estadio consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dure la situación de ofensa al bien jurídico».
– Bustos Ramírez, en su *Manual de derecho penal* (parte especial), Barcelona, Ariel, 1986, al tratar las detenciones ilegales, afirma: «Lo importante es que el encierro o la detención se constituyan en una afección a la libertad como lo señala el propio artículo 480 («privándole de su libertad»). De ahí que también se trate de un delito permanente, pues continúa en el tiempo mientras perdura la privación de libertad».
– Muñoz Conde, en *Derecho penal* (parte especial), 9ª edición, en la p. 152, afirma al tratar la consumación y participación en las detenciones ilegales: «El delito se consuma cuando se ha producido el resultado de privación de libertad. Caben, pues, las formas imperfectas de ejecución. Pero como la detención ilegal es un estado que puede prolongarse en el tiempo, estamos a veces ante un delito permanente, al igual que el allanamiento de morada, en el que cabe la participación después de consumarse el delito, y que puede tener incidencia en la gravedad de la pena (cfr. arts. 480,3° y 481,2°)».
– Lloria García, en su obra *Aproximación al estudio del delito permanente,* Granada, Tomares, 2006, afirma en la p. 39, al analizar el concepto de delito permanente: «A partir de todo lo expuesto considero que constituyen delito permanente aquellos comportamientos (activos u omisivos) que suponen la creación de un Estado antijurídico (de lesión o de peligro) para el bien jurídico protegido que se pueden mantener a lo largo de un periodo de tiempo más o menos dilatado por la voluntad del autor y que termina cuando se levanta dicho Estado antijurídico». En la misma página, asevera: «De modo similar a lo que ocurre con las detenciones ilegales, delito permanente por excelencia». Y previamente, en la Introducción (p. 4) afirma: «Exceptuando los delitos que atentan contra la libertad, exponentes clásicos de delitos permanentes, la determinación de si una figura de la parte especial posee o no naturaleza permanente varía de un órgano judicial a otro».

– Joan Josep Queralt Jiménez, en su obra *Derecho penal español* (parte especial), Barcelona, Atelier, 2008 (5ª edición), en la p. 168, afirma: «La detención ilegal, como sabemos, es un delito de Estado. Ello significa que si bien se consuma desde el mismo momento en que la víctima pierde su libertad, la acción para perseguir este delito no empieza a computarse sino hasta que cesó la privación de libertad, sea por liberación, voluntaria o no, o muerte del sujeto si esta es conocida». Y este mismo autor al analizar a continuación el art. 166 del vigente Código Penal señala en las pp. 177 y 178: «aca. Aunque con mejor técnica que su predecesor el nuevo precepto del Código Penal resuelve muy defectuosamente la punición de un problema capital en los delitos de detención ilegal o secuestro: El detenido no aparece. Para este supuesto, el legislador anterior partía de una presunción: que el sujeto activo había dado muerte a la víctima, lo cual ciertamente, no es descabellado; de ahí la pena del asesinato que se asignaba a tal crimen. La jurisprudencia en un intento poco afortunado, cuando no vano de salvar la constitucionalidad del anterior artículo 483 (STS26-6-1990; AATC 419,420,421/1990) se perdía en vericuetos y no entraba en el fondo de la cuestión: la inversión de la carga de la prueba. En efecto, no era la acusación la que debía probar la muerte del secuestrado, sino que el secuestrador debía probar que había dejado en libertad al detenido ilegalmente. No produciéndose esta demostración, se imponía la pena, en fin, del asesinato. Ahora, por un lado, no se parte de la presunción de que la víctima ha sido muerta por el sujeto activo, sino de un hecho cierto: de que la víctima no aparece y de que, por tanto, en apariencia, se está prolongando indefinidamente la pérdida de libertad del sujeto pasivo. Esta es, pues, la razón del incremento de la pena para cada una de las modalidades típicas de detención ilegal o de secuestro. Ello incrementa la antijuridicidad de la acción inicial. acb. No obstante, pese a resultar más conforme con la presunción de inocencia la dicción actual, el problema de la inversión de la carga de la prueba sigue vigente y queda patente, además, la mala conciencia del legislador. Así es, este no ha modificado la redacción anterior, sin tener, de acuerdo con las referidas e incorrectas sentencias, obligación; así ha pretendido solventar o, cuando menos, soslayar la crítica cuestión. La carga de la prueba, si el sujeto activo quiere evitar el incremento punitivo, le corresponde a él, pero de forma un tanto sorprendente. En efecto, el precepto considera de mayor antijuridicidad la conducta de aquel reo que «no dé razón del paradero» del detenido; es decir, si, aun invirtiendo la carga de la prueba, el sujeto activo da razón del paradero, no se producirá el mencionado incremento penal. Sin embargo, por otro lado y en modo confuso, que el castigo exasperado no tendrá lugar, aun sin dar razón del paradero, cuando el reo «haya dejado en libertad al detenido». De la redacción legal se sigue, como en la anterior versión, aunque con diferente dicción, una doble posibilidad de exención del castigo agravado: acreditar la puesta en libertad o el paradero del sujeto pasivo, acreditación esta última que supone haberle dejado en libertad y, por tanto, con vida, pues de lo contrario, entraría en juego el concurso con delito de homicidio o asesinato. acc. Late en el fondo de esta previsión una creencia que tiene su base en tristes experiencias: si no aparece el detenido, se debe a que ha sido hecho desaparecer por el sujeto activo. Pero ello, aunque con fuertes visos de probabilidad, ha de ser probado por la acusación y no por la defensa, puesto que se trata de una prueba diabólica, como toda prueba de hechos negativos. La gravedad de los delitos no puede derrumbar los derechos del imputado, pues ello, amén de inconstitucional resultaría una petición de principio. acd. En suma, la única mejora que incorpora el nuevo precepto es la disminución de la penalidad, no siendo esta, por otra parte, automática y única, sino que se confecciona tipo a tipo, incrementando la pena a cada una de las modalidades de detención.»

El delito de detención ilegal es un delito permanente según la jurisprudencia

También la jurisprudencia ha señalado el carácter permanente del delito de detención ilegal. Así, entre otras, las siguientes resoluciones:

STS 8-11-2006: «En el caso presente dos son los delitos por los que ha sido condenado el recurrente: delito de secuestro, delito de naturaleza permanente en el que sus efectos se mantenían hasta la liberación de la víctima, por lo que admite la participación posterior a la consumación (SSTS. 59/2001 de 23.1, 1400/2003 de 28.10), y delito de tenencia ilícita de armas, regulado como infracción de pura actividad formal y de riesgo abstracto y considerado por la doctrina científica y jurisprudencial también como delito permanente en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder o su disponibilidad y se mantiene hasta que se desprende de ella, naturaleza de ambas infracciones que hace difícilmente conciliable con la atenuante interesada por cuanto los delitos cometidos implican una dinámica de los hechos que duró bastantes horas, e incluso el móvil del secuestro no fue la obtención de dinero para la financiación del consumo de cocaína, sino lograr por esa vía el pago de una supuesta deuda con el padre de la víctima».

STS 30-11-2004: «Debiendo solo recordar que si bien en el delito de detención ilegal la consumación se produce en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de alejarse del lugar donde se encuentra, se trata de un delito permanente en el que cabe una participación posterior a la consumación mientras subsista la lesión del bien jurídico protegido, y la constante presencia física de Jesús en el chalet donde se encontraba retenida la víctima implica una importante participación en los hechos».

STS 28-10-2003: «Tercero. El delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito no es lo más relevante, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla. Se trata asimismo de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial. El hecho de que el delito se consume desde el momento inicial del encierro o detención, no excluye la consideración de que el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica, para que esta alcance la relevancia necesaria».

STS 13-12-2002: «En efecto, la detención ilegal constituye un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial (SSTS 26 de febrero de 1999, n.° 268/99 y 23 de junio de 2000, n.° 1107/2000, entre otras)».

STS 6-5-2002: «Es necesario distinguir entre delitos permanentes, en los que el sujeto puede eliminar la situación ilícita —inciso segundo del artículo 132.1 del Código Penal—, como es la detención ilegal, y los delitos de estructura instantánea aunque con efectos duraderos e incluso permanentes, como sucedía con el anterior delito de bigamia y de abandono de funciones públicas (ver sentencias de 9 de junio de 1975 y de 7 de marzo de 1993).»

Sentencia Sección 3a Audiencia Nacional n.° 72/2007, de 13 de diciembre: (fund. Segundo B): «Al haber durado el encierro o la detención más de quince días, lo que constituye un delito de permanencia absoluta...» (Caso «Grapo-Publio Cordón»).

Consecuencias del carácter de delito permanente

La Jurisprudencia ha realizado las siguientes aseveraciones a modo de consecuencias derivadas de la naturaleza de la detención ilegal como delito permanente:

Legislación aplicable

– STS 2-11-99: «Cuarto. En el tercer motivo denuncia el error de derecho producido en la sentencia por la inaplicación, al hecho probado, del Código de 1973 y la indebida aplicación del Código de 1995 respecto al delito de detención ilegal.

Argumenta el recurrente que la detención ilegal tuvo lugar el 2 de mayo de 1996 y la liberación del detenido el 13 de Junio de 1996. Al tiempo de la consumación del delito regía el Código Penal de 1973, que debió ser aplicado, toda vez que la consideración de delito permanente, argumentación del tribunal de instancia para la aplicación del nuevo Código penal, «solo afecta a la prescripción del delito» es decir a la determinación del día de inicio del plazo de prescripción. Se plantea en el recurso el interesante aspecto del delito de detención ilegal relativo al momento consumativo y su consideración de delito instantáneo y de delito permanente. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado su carácter de delito permanente, pues el resultado se prolonga en tanto en cuanto dura la privación de libertad, y en algunos pronunciamientos alude a la consideración de delito de consumación instantánea, en el momento de la privación de libertad, precisamente para fijar la consumación en aquellas privaciones de libertad de escasa duración. Sobre la base de esta jurisprudencia se plantea en el recurso que la consumación se produjo bajo la vigencia del anterior Código penal, que debió ser aplicado, en tanto que la perpetuación de la privación de libertad no afecta a la consumación sino al agotamiento del delito con eficacia en la fijación del día de inicio del plazo de prescripción.

Esta argumentación es errónea. El delito de detención ilegal es un delito permanente en el que la realización inicial del resultado, la privación de libertad, inicia el periodo consumativo del delito que se mantiene en tanto en cuanto el sujeto pasivo permanece detenido ilegalmente, es decir, la consumación se inicia justo en el momento en el que el autor realiza el resultado y permanece consumándose, en ese periodo inicialmente abierto con la concreción del resultado y que perdura en tanto que el sujeto pasivo, el detenido, permanece en ese estado de privación de libertad. (Vid. SSTS 18.11.85 y 21.1.94). Consecuentemente, el delito de detención ilegal se consumó bajo la vigencia del nuevo Código penal que es de aplicación al hecho declarado probado, por lo que el error denunciado debe ser desestimado».

− STS 30-1-1992: «Tercero: ...pues es de tener en cuenta que también son delitos permanentes respecto a los cuales la norma penal aplicable es la que se halle en vigor en el momento en el que cese la antijuridicidad, en cuanto que en esta clase de delitos el resultado se alcanza con la ofensa al bien jurídico pero el estado consumativo se prolonga en el tiempo mientras dure la situación de

ofensa al bien jurídico protegido, por lo que también por estas razones procede la desestimación del motivo».

− STS 8-7-1988: «Tercero. Inadmitido el motivo tercero del recurso procede el análisis del cuarto —este articulado por el coprocesado— que por la misma vía procesal que los dos motivos anteriores postula una supuesta vulneración por pretendida falta de aplicación del Real Decreto de Indulto de 14 de marzo de 1977. El motivo carece de toda consistencia disuasoria y debe consecuentemente ser desestimado. Cierto es que los hechos se iniciaron en fecha anterior al mismo, pero continuaron desplegando sus efectos hasta fecha muy posterior, existiendo así un delito permanente, lo que determina de conformidad con reiteradísima doctrina jurisprudencial (por ejemplo, sentencias de 2 de noviembre de 1982 y 4 de junio y 12 de noviembre de 1984) su inaplicabilidad, pues hasta que cesan los efectos el delito existe».

Participación posterior

− STS 30-11-2004 (ponente Sr. Berdugo): «...debiendo solo recordar que si bien en el delito de detención ilegal la consumación se produce en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de alejarse del lugar donde se encuentra, se trata de un delito permanente en el que cabe una participación posterior a la consumación mientras subsista la lesión del bien jurídico protegido, y la constante presencia física de Jesús en el chalet donde se encontraba retenida la víctima implica una importante participación en los hechos».

Prescripción y conexidad

– STS 29-7-1998: («Caso Marey»): «Tras una larga y lenta instrucción, el día 16 de Diciembre de 1994, los dos querellados comparecen ante el juez Instructor y, rectificando anteriores declaraciones y confesando su participación en los hechos, inculpan a los procesados Sres. Ramón, Germán, Iván, Donato y José, contra quienes seguidamente se dirige el procedimiento. En los meses que siguen de 1995, el procedimiento se dirige asimismo contra los Sres. Tomás, Jesús Carlos, Evaristo, Jesús Manuel y, finalmente, contra el Sr. Luis Enrique. Transcurrió, pues, un plazo inferior a los cinco años desde el día en que cesó de cometerse el delito de detención ilegal, que tiene naturaleza de delito permanente, hasta el día en que se presentó una querella por dicho delito contra los Sres. José Francisco o y Juan Pablo; y no pasó un periodo de diez años de inactividad procesal, con respecto a ellos, desde que se interpuso la querella hasta que se reanudaron las actuaciones en el mes de Diciembre de 1995. Sí transcurrió, en cambio, un plazo superior a los diez años desde que el delito terminó de cometerse hasta que se dirigió el procedimiento contra los demás procesados. [...]

14.– Dos son las cuestiones que deben ser aclaradas para decidir la aplicación o inaplicación de la prescripción a los delitos cometidos: la que plantea la imputación, a algunos de los procesados, de dos delitos a los que la ley señala distintos plazos de prescripción y la que viene determinada por la presentación de la ya mencionada querella y la virtualidad de la misma para interrumpir el plazo legal de prescripción.

La primera cuestión viene resuelta por la Jurisprudencia de esta Sala que, en Sentencias de 6-11-1991, 18-5-1995, 6-7-1995 y 10-10-1997, ha dicho que no debe operar la prescripción cuando se condena por varios delitos conexos ya que todos, si han sido realizados en virtud de un proyecto único, constituyen una unidad indestructible, de suerte que mientras el delito principal no prescriba, no puede entender prescrito el delito subordinado. Se trata seguramente de una doctrina discutible, que acaso convendría reconsiderar en alguna dirección, pero que en este momento, en que la Sala no está ejerciendo su misión casacional y uniformizadora de la interpretación legal, conviene respetar.

En consecuencia, hay que preguntarse en esta coyuntura solo por la posible prescripción del delito de detención ilegal que es, con toda seguridad, el más importante: por su prioridad en el plan de los procesados y por la mayor gravedad de la pena que al mismo se señala por la Ley.

15.– La segunda de las mencionadas cuestiones está también resuelta por la Jurisprudencia de esta Sala —y aun antes que por esta, por la propia Ley— si bien es aconsejable dedicarle una más detenida atención. El plazo de prescripción se interrumpe —en esto apenas difieren el art. 114 CP 1973 y el 132.2 CP 1995— «desde que» o «cuando» el procedimiento se dirija contra el culpable».

De particular significación son las afirmaciones que se recogen en el auto de 27 de junio de 2008 del Juzgado Central n.° 4 de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 120/2006 («Caso Pertur»): «Segundo... Y en el presente caso, siguiendo [...] la doctrina sentada por nuestra jurisprudencia sobre el delito permanente y su cómputo del periodo de prescripción en tales supuestos, y dado que continúan al día de hoy los efectos del delito, pues no se ha llegado a conocer el paradero de Eduardo Moreno Bergareche, dicho periodo de prescripción, ni siquiera ha comenzado a computarse, por lo que, y en este punto, la querella también debe ser admitida».

Posicionamiento del fiscal ante el Tribunal Constitucional

Por su parte, el Ministerio Fiscal en el antes citado informe de 10 de junio de 2008 (recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el caso «Caso Ricarda Ana Cobacho Cañete») afirma: «En atención a esta naturaleza el cómputo del *dies a quo* del plazo prescriptivo debe efectuarse no desde el momento de la desaparición forzada o detención ilegal, sino desde el momento del cese de la situación antijurídica iniciada con la desaparición de la persona ilegalmente privada de libertad. De ahí que no habiéndose realizado, en el presente caso, la más mínima actuación de investigación sobre tales extremos, la declaración de prescripción resulta totalmente precipitada, y además su apreciación, en los términos antes descritos, es contraria a la propia naturaleza de los hechos denunciados pues no guarda relación con el contenido fáctico de la denuncia. La cesación de la situación antijuridica, a efectos prescriptivos, tendrá lugar cuando la persona desaparecida sea hallada o bien se localice su cadáver, y solo a partir de ese momento podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, bien por un delito de detención ilegal, o bien por un eventual delito de homicidio o asesinato, según los casos, extremos que, en absoluto, están acreditados en el presente caso ni siquiera de forma indiciaria».

El Fiscal, en ese mismo informe de 10 de Junio de 2008, estima que resulta obligada la investigación previa a la estimación de la prescripción y, en su caso, el tipo de sobreseimiento aplicable y, a modo de conclusión, afirma lo siguiente:

> En estas condiciones puede concluirse que las decisiones judiciales que acordaron la prescripción y el consiguiente archivo de las actuaciones no son, *prima facie,* resoluciones fundadas en Derecho en los términos exigidos constitucionalmente por el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española). [...]
>
> Cuarto.– Por último, las resoluciones judiciales impugnadas carecen, también, de falta de logicidad jurídica interna, con afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En un primer momento, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lucena acordó, mediante auto de 20 de octubre de 2004, el archivo de las actuaciones por estimar que los hechos

denunciados no eran constitutivos de infracción criminal conforme a lo dispuesto en el art. 779.1, regla primera, de la LECrim. Con posterioridad, al resolver el recurso de reforma mediante auto de 15 de noviembre de 2004, y sin haber realizado ningún tipo de investigación ni aportándose nuevos datos fácticos, el Juzgado de Instrucción calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato no constando indicios de criminalidad contra ninguna persona concreta, estimando, a continuación, que los mismos estarían prescritos por el transcurso del plazo de 20 años previsto en el art. 131.1 del Código Penal, computado desde noviembre de 1936 por aplicación de lo previsto en el art. 132.1 del Código Penal. Sobre el tema de la calificación jurídica y la falta de correspondencia con los hechos denunciados, así como sobre la aplicación de las reglas de prescripción no vamos a insistir más, remitiéndonos a lo dicho con anterioridad. En la parte dispositiva del referido auto se declara la prescripción y el sobreseimiento provisional de las actuaciones y en eso reside, precisamente, la incoherencia lógica interna de las resoluciones impugnadas. El sobreseimiento provisional, conforme a lo establecido en el art. 779 en relación con el art. 641 LECrim solo puede acordarse por dos motivos. El primero, por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado lugar a la formación de la causa, y el segundo, cuando resulte haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada persona como autor, cómplice o encubridor, supuestos que exigen, en la mayoría de los casos, el desarrollo de una mínima labor investigativa. La prescripción se configura legalmente como una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.6 del Código Penal) que por aplicación de lo dispuesto en el art. 666 en relación con el art. 675 ambos de la LECrim es causa de sobreseimiento libre, nunca de sobreseimiento provisional, con los diferentes efectos que producen uno u otro tipo de sobreseimiento. La resolución, por tanto, adolece de falta de logicidad jurídica interna al declarar la prescripción del delito, sin correspondencia con el contenido de los hechos denunciados, y acordar, a continuación, el sobreseimiento provisional, lo que hace que no pueda considerarse como una resolución fundada en Derecho, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esta vulneración es predicable, también, de la resolución dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 21 de febrero de 2005. Con independencia de las afirmaciones altamente discutibles y realmente desafortunadas que se realizan en la misma, lo cierto es que la misma desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma en su integridad la resolución recurrida, actualizando la vulneración del referido derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de resolución fundada en Derecho. El Tribunal Constitucional viene admitiendo que la falta de concordancia lógica entre los fundamentos jurídicos y el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 42/2004, FJ 4) y en el presente caso ambas resoluciones judiciales inciden en este vicio de trascendencia constitucional por las razones antes expuestas».

La consecuencia que se deduce de las consideraciones anteriores es que el delito no ha prescrito

tanto si se entiende que estamos ante una detención ilegal (ya que conforme a lo dispuesto en el art. 132.1 del vigente Código Penal, el tiempo de prescripción en los delitos «permanentes» se inicia desde el día en que se elimina la situación ilícita) como si se estima que estamos ante un «crimen de guerra», un «delito de lesa humanidad» o «desaparición forzada» cuya imprescriptibilidad se deriva de la «Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas» aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de Diciembre de 1992, en cuyo artículo 17 se establece: «1. Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero

de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos. 2. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos. 3. De haber prescripción, la relativa a actos de desaparición forzada ha de ser de plazo largo y proporcionado a la extrema gravedad del delito».

El delito de desaparición forzada no está afectado por la Ley de Amnistía 46/1977

Las detenciones ilegales cometidas tras el golpe de Estado de 1936 tampoco están afectadas por la Ley de Amnistía 46/1977 de 15 de octubre.

Por las siguientes razones:

A) Porque atendiendo exclusivamente al factor temporal al que se extiende dicha ley que fija como tope el 15 de diciembre de 1976 (art. I.1.A) no podría entenderse amnistiado el delito de detención ilegal, ya que estamos ante un delito permanente, según se ha razonado en los apartados anteriores, y por consiguiente, el delito continúa cometiéndose desde el día que la persona afectada fue privada de libertad hasta el día en que aparezca viva o hasta el día en que se pueda constatar científica y jurídicamente que ha muerto, tras la correspondiente exhumación de sus restos. No basta, en modo alguno, la ausencia con presunción de fallecimiento. Véase la STS. 8-7-1988, recogida anteriormente en la que se declara la inaplicabilidad del Real Decreto de Indulto de 14 de marzo de 1977.

Véase asimismo la STS 20-1-1986 declarando la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía de 46/1977 a un delito, diferente al de detención ilegal, pero también de carácter permanente. Así se afirma en la misma: «Entendiéndose acusable en el delito permanente la presencia de unidad de acción típica, con la originación de un Estado antijurídico mantenido ininterrumpidamente por el autor, su comisión permanece en sus efectos todo el tiempo que discurre hasta la terminación del hecho, lo que supone, en el supuesto examinado, un *dies ad quem* fijado en el 3 de octubre de 1981. Siendo este último decisivo en orden a la aplicación de leyes que hayan podido sucederse en el tiempo, o en relación —cual se suscita en las motivaciones incorporadas a los escritos formalizadores del recurso— con la posible aplicación de un beneficio de gracia, cual es el representado por la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, según la cual quedan amnistiados, entre otros supuestos, todos los actos de intencionalidad política, en que se aprecie un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España, realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. En el apartado II de la referida Ley se dispone que «a los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad delictiva»; por lo que, habiendo recibido los procesados Juan Ramón y José Francisco la suma que se indicó e influido después para que Matías abriese el 3 de agosto de 1977 la cuenta en la Caja Laboral Popular, se pretende en el recurso que se estime tal fecha como la de iniciación y, por ende, de realización, del hecho criminal —según la Ley de Amnistía—, quedando todos los actos bajo el amparo de esta disposición de gracia y extinguida, en consecuencia, la responsabilidad penal de aquellos.

Argumentación, la expuesta, especiosa e inacogible, ya que la prescripción legal, excepcional en relación con los principales informadores del orden penal, ha de entenderse, en buena lógica y atemperándola a los fines perseguidos por las disposiciones de gracia, sobre la base de que, tras la

promulgación de la Ley, no se prolongue el Estado antijurídico creado con preexistencia, ni se añadan nuevos actos que vengan a sumarse a los anteriores.

De no ser así, la Ley vendría a suponer, en supuestos de delitos continuados o permanentes, una patente de impunidad para adicionar nuevos hechos o prorrogar situaciones de ilegalidad, tras su propia vigencia, contrariándose así el propósito que alentó tan importante disposición, y que fue oportunamente destacado, de culminar el proceso de medidas de gracia y olvido encaminadas a promover la pacificación de los espíritus, la reconciliación y la concordia nacional; siendo obvio que el ejercicio del derecho de gracia por parte del legislador mira hacia atrás, para borrar los efectos de actuaciones pretéritas y no hacia adelante, en anticipado perdón de un «iter» criminal subsecuente . Por lo que, prolongándose la disponibilidad del dinero y la correspondiente actitud de los sujetos, obediente a las órdenes a recibir, hasta el 3 de octubre de 1981, con realizaciones muy significativas, cual las representadas por los actos llevados a efecto en 3 de marzo y 5 de julio de 1978, la denegada aplicación de la invocada amnistía aparece plenamente correcta y fundada. Y sin que valga pretender, por unos u otros encausados, el que se contemplen aisladamente sus actos contributivos y la fecha de su realización, dado que la coautoría resultante a tenor del artículo 14.1.°, del Código Penal, dada la cooperación finalística y concertada acusable, genera una total vinculación solidaria en orden a la responsabilidad delictual; coautoría derivada de la común resolución en la realización de los hechos, aportando cada uno sus actos personales de ejecución, en correspondencia con los roles asignados, integrantes del comportamiento típico, una vez conscientes del plan existente y de su decisión consumativa».

B) Asimismo cabría estimar que dicha Ley 46/1977 es inaplicable por contraria a la Constitución, sin necesidad de que el órgano judicial ante el que se denuncian estas detenciones ilegales venga obligado a plantear cuestión de inconstitucionalidad, ya que se trata de ley anterior y contraria a la Constitución de 1978. Veamos las razones:

1) Dado que el art. 62 i) de la Constitución de 1978 prohíbe, por razones de injusticia, los indultos generales —que tienen un alcance material mucho menor que lo que histórica y formalmente se venía atribuyendo en nuestro país a las amnistías— no cabe sino entender que, con mayor razón, están prohibidas constitucionalmente las amnistías, por su mayor grado de injusticia, y evitación de las graves consecuencias sociales que históricamente han originado algunas amnistías movidas más por intereses políticos que por auténtica función de pacificación y justicia.

Esta puede ser, por tanto, la razón por la que el legislador postconstitucional —a quien remite la responsabilidad de la regulación del derecho de gracia el citado art. 62 i)— únicamente se ha pronunciado regulando el indulto particular a través de la Ley 1/1988, de 14 de marzo, que vino a modificar la Ley de 18 de Junio de 1870, suprimiendo la referencia a los indultos generales de esta última ley, sin que hasta la fecha se haya dictado una ley reguladora del derecho de gracia respecto a la amnistía.

Y parece lógico suponer que es asimismo por esta razón de injusticia, por la que el legislador, en el Código Penal vigente, conocido como «Código Penal de la Democracia», aprobado finalmente por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tampoco recoge la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad penal (art. 130), tal como venía prevista su eficacia extintiva en los códigos penales anteriores.

Por tanto, no parece aceptable el argumento de que al no estar expresamente prohibidas las amnistías por el art. 62 i) de la Constitución, debe admitirse la posibilidad de su concesión, si así lo permitiese la oportuna ley, pues indulto y amnistía se han diferenciado claramente en nuestro devenir cultural jurídico penal.

2) De otro lado, estimar que al no estar prohibido expresamente por la Constitución y dadas las «competencias exclusivas» que al Estado atribuye el art. 149.1.6ª de la misma, nada impide al legislador la aprobación de leyes de amnistía, sería tanto como negar a la amnistía su encuadre tradicional dentro del derecho de gracia. Es indudable que el legislador puede aprobar las leyes que crea oportunas, siempre y cuando respete los parámetros constitucionales que exige el Estado democrático y social de Derecho en que nos hemos constituido, pero no podrán ser llamadas seriamente leyes de amnistía en sentido tradicional, pues teniendo que ser por naturaleza de carácter general, difícilmente van a poder respetar valores, como los de justicia e igualdad que se recogen en el art. 1°.1 de la Constitución.

No queramos engañarnos, partir de una concepción meramente formalista y teórica de la posibilidad de aprobar leyes de amnistía en el futuro, es no querer enterarse del mensaje que las Cortes Constituyentes lanzaron al prohibir los indultos generales por el ataque frontal que suponen para dichos valores superiores del ordenamiento. Porque ¿es materialmente compatible con nuestro sistema constitucional articular una ley que debe obedecer, obviamente, a un criterio de generalidad y justicia, cuando lo que subyace como causa determinante de la misma es una motivación política del momento de confusión en que se apruebe, para poder pasar airosamente el control de constitucionalidad? Aunque solo sea por salud social de futuro y para evitar tentaciones de solución fácil a problemas socio-políticos muy complejos y graves debería cuajar la estimación de que también las amnistías están prohibidas en nuestro ordenamiento.

Y lo que parece más importante y decisivo, si se examina el articulado de Ley 46/1977, de 15 de octubre, salta a la vista que se conculcan los principios de igualdad y justicia, reconocidos como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1.1 de la Constitución, dado, de un lado, el carácter genérico amplísimo («Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas»), que impide la obligada individualización para valorar la razón de justicia que es esencial a una medida derogatoria como la examinada, y que además no permite sopesar si se está aplicando el principio de igualdad dando un trato desigual a los desiguales; y de otro, la limitación temporal señalando periodos concretos, («con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976» o «entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977») .

Por ello, al no respetarse, en consecuencia, las normas del debido proceso y privar a las personas afectadas de la garantía de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, cabría concluir que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, pese a ser la primera ley aprobada por las nuevas Cortes Democráticas surgidas del proceso electoral democrático del 15 de junio de 1977, es inaplicable por contraria a la Constitución de 1978, al haber incurrido en inconstitucionalidad material pues no respeta los valores de justicia e igualdad que se recogen en el art. 1°, en relación con el art. 14 de la misma. Por tanto, pese al publicado efecto pacificador y de reconciliación que guió a los legisladores, dicha ley carece de virtualidad jurídica para estimar extinguida la responsabilidad penal y sus consecuencias en relación a delitos como los que venimos examinando en este capítulo.

3) Ahora bien, dado que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 29 de julio de 1983 (STC 63/1983) no ha resuelto este dilema, pues no solo dejó para más adelante el análisis en profundidad de esta cuestión, sino que además, de un lado, utilizó un término que podía reflejar ya sus dudas sobre las leyes de amnistía a las que se refirió como las llamadas «normas de amnistía» o la llamada «amnistía otorgada, primero por el Real Decreto-ley 10 de 1976 y al que siguen la Ley 46/1977 y las disposiciones que según rezan concedieron beneficios a los militares que tomaron parte en la guerra civil (nos referimos al Real Decreto-ley 6/1978 y la Ley 10/1980)» (fund. 1). Y de otro lado, planteó que «no es menester en el caso que estudiamos el contemplar desde una perspectiva general si el ejercicio del derecho de gracia ha de conciliarse con el principio de igualdad» (fund. 2). Para, más adelante, afirmar que «el camino para borrar todo efecto de estas sentencias» [las de los Consejos de

guerra, a los que referían los recurrentes de amparo que resolvía el Tribunal: la «Asociación de Aviadores de la República y los jefes, oficiales, suboficiales o clases de Tropa del Ejército o de la Aviación de la República] no puede ser otro que el de la legislación de amnistía» (fund. 5).

4) Por ello y dado que estamos ante una ley preconstitucional, debe estarse al criterio interpretativo fijado por el Tribunal Constitucional desde su primera sentencia, la STC 4/1981, de que «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora nos interesa, en que la Constitución es una ley superior, criterio jerárquico, y posterior, criterio temporal. Y la coincidencia de ese doble criterio da lugar —de una parte a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y —de otra— a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación» (fund. 1.A), determinando a continuación la competencia de la jurisdicción ordinaria para poder declararlas inaplicables: «Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad» (fund. 1.B).

C) Cabe destacar, a mayor abundamiento, que en el Derecho Penal Internacional es evidente que se ha valorado el grave riesgo que llevan consigo las leyes de amnistía, en cuanto son utilizadas para conseguir la impunidad de los autores directos y mediatos de los delitos internacionales y los estados se han obligado a no promulgarlas, existiendo ya casos ejemplarizantes de tribunales internacionales y nacionales, especialmente al otro lado del Atlántico, donde se han declarado nulas y sin efecto las leyes de amnistía o punto final dictadas tras procesos golpistas, en concordancia con las obligaciones asumidas internacionalmente de investigar los hechos y castigar a dichos autores.

Por tanto, de seguirse la tesis de que estamos ante un «crimen de guerra», «desaparición forzada» o «delito de lesa humanidad», han de tenerse presentes las siguientes consideraciones:

1) Algunos instrumentos internacionales han prohibido expresamente el otorgamiento de amnistías y otras medidas similares para los autores de graves violaciones de los derechos humanos. Así, cabe destacar la antes referida «Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas» (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992) cuyo artículo 18 prescribe: «los autores o presuntos autores de actos (constitutivos del crimen de desaparición forzada) no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tenga por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal».

2) Y de ahí que en el «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad» (informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 61° Periodo de sesiones, E/CN.4/2005/102Add.1, de 8 de febrero de 2005) se recogen, entre otros, los siguientes principios:

– Principio 24 (sobre «Restricciones y otras medidas a la amnistía»): «Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata».

– Principio 19, que señala los «deberes del Estado en materia de Administración de Justicia: «Los estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente». Y continúa diciendo dicho principio 19: «Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso».

Tampoco, en consecuencia, resultaría aplicable la Ley de Amnistía 46/1977, y de ser así solicitada en el proceso penal abierto, el juez debería declarar su inaplicabilidad en cumplimiento de las obligaciones del Estado asumidas internacionalmente para los delitos de graves violaciones de los derechos humanos, como los «crímenes de guerra», «desaparición forzada» o «delitos de lesa humanidad».

Así lo hicieron dos jueces latinoamericanos: la jueza peruana Antonia Saquicuray, de acuerdo con la Constitución del Perú, la cual señala que los jueces tienen el deber de no aplicar aquellas leyes que consideren contrarias a las disposiciones de la Constitución, el 16 de junio de 1995, decidió que el artículo 1 de la Ley de Amnistía N.° 26479 no era aplicable a los procesos penales pendientes en su juzgado contra cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), debido a que la amnistía violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perú. Y el juez argentino Gabriel Cavallo en su auto de 3 de marzo de 2001, declarando la nulidad de las leyes 23.492 (comúnmente denominada «Ley de Punto Final») y 23.521 (comúnmente denominada «Ley de Obediencia Debida») atendiendo a los argumentos antes apuntados.

Qué duda cabe que si el Estado español derogara expresamente esa Ley de Amnistía 46/1977, en cumplimiento del reiterado requerimiento que se le ha formulado desde el Comité de Derechos Humanos (5 de enero de 2009) y del Comité contra la Tortura (19 de noviembre de 2009) la ONU, todos estos problemas interpretativos desaparecerían. Y si el poder legislativo no lo ha hecho hasta el presente, será porque la cultura del olvido, de la equidistancia, del no remover el pasado, en definitiva la cultura del franquismo está todavía muy presente en nuestras instituciones.

ANEXO 7

SENTENCIA ABSOLUTORIA DEL JUEZ GARZÓN

T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N.º: 101/2012
CAUSA ESPECIAL N.º 20048/2009
Fallo/Acuerdo: sentencia absolutoria
Voto Particular
Procedencia: JUICIO ORAL
Fecha sentencia: 27/02/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo
Escrito por: AMV

*CAUSA ESPECIAL. Prevaricación judicial. Los denominados "juicios de la verdad". Intepretación errónea del Derecho e injusticia.
Votos particulares concurrente y disidente.

N.º: 20048/2009
Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta
Vista: 24/01/2012
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA N.º: 101/2012

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

Visto en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial núm. 3/ 20048/2009, tramitada por el Procedimiento Abreviado y seguida ante esta Sala por delito de prevaricación judicial, contra el acusado D. Baltasar Garzón Real, títular del D.N.I. número 26.182.037-X, nacido en Torres (Jaén) el 26 de octubre de 1955, hijo de Ildefonso y de María, y con domicilio profesional en Madrid, c/ García Gutiérrez s/n, de profesión Magistrado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional en estas actuaciones en las que no consta haya estado privado de la misma en ningún momento, representado por la Procuradora Doña Virginia Aragón Segura y defendido por el letrado D. Gonzalo Martínez Fresneda; y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal en la representación que ostenta, en el ejercicio de la acusación popular el Sindicato de Funcionarios Públicos «Manos Limpias» y la Asociación Civil Libertad e Identidad, representados

por el Procurador D. José Carlos Peñalver Garcerán y defendidos por el Letrado D. Joaquín Ruiz de Infante Abella.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La presente causa se incoó en virtud de querella formulada por la representación del Sindicato de Funcionarios Públicos «Manos Limpias», a la que se acumuló la causa 3/ 20153/2009 incoada por los mismos hechos, en virtud de querella de la representación de la Asociación Civil Libertad e Identidad, en ejercicio de la acción popular, contra el que después sería imputado, en las que tras referir los hechos que imputaban al mismo y entender constituían delito de prevaricación, terminaron suplicando su admisión a trámite y la práctica de las pruebas que en tales escritos se proponían.

Segundo.- La Sala Segunda del Tribunal Supremo, a quien correspondía por el fuero del querellado el conocimiento de los hechos expuestos en la mencionada querella, dictó auto el 26 de mayo de 2009, en el que acordó declararse competente para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento de esta causa; admitiendo a trámite la querella y designando instructor. Contra la referida resolución formuló recurso de súplica la representación del querellado y se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la representación del querellante.

Tercero.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente y por escrito de 8 de junio de 2009 interesó la estimación del recurso de súplica formulado contra el auto de 26 de mayo y se sustituya por otro que acuerde la inadmisión a trámite de la querella presentada.

La representación del querellante, por escrito de 7 de junio de 2009, formuló oposición al recurso planteado, interesando la confirmación en todos sus extremos del auto recurrido.

Cuarto.- Por auto de 15 de junio de 2009 se acuerda la desestimación del recurso de súplica formulado contra el anterior de 26 de mayo que íntegramente se confirma.

Quinto.- Que por auto de fecha 7 de abril de 2010 del Magistrado de Instrucción se acuerda la prosecución de la causa por los trámites de los arts. 780 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra el querellado D. Baltasar Garzón Real, por el presunto delito de prevaricación. Acordándose dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la acusación popular para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de las diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 de la LECrm.

Sexto.- Que por auto del Magistrado Instructor de la presente causa de fecha 11 de mayo de 2010, se acordó la apertura del juicio oral contra el acusado D. Baltasar Garzón Real.

Séptimo.- La acusación popular, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación y estimó responsable del delito citado al acusado D. Baltasar Garzón Real, sin

concurrencia en los hechos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se le impusiere al acusado pena de multa de 24 meses, a razón de una cuota de 30 euros por día y la pena de inhabilitación especial para empleo y cargo público por un periodo de 20 años, accesorias y costas.

Octavo.- El Ministerio Fiscal interesa se dicte auto de sobreseimiento libre por no estimar existencia de delito y en modo alguno de delito de prevaricación del art. 446.3º del Código Penal, en base a las consideraciones que obran en el escrito que figura unido a las presentes actuaciones.

Noveno.- El 24 de enero de 2012 se señaló para la práctica de las cuestiones previas interesadas por la defensa en su escrito de 17 de Junio de 2010, habiendo sido resueltas el siguiente día 31 de enero.

Décimo.- En el acto del Juicio Oral la acusación popular modificó su escrito de conclusiones provisionales con incorporaciones puntuales, mediante escrito presentado en el acto de Juicio Oral, manteniéndose los demás extremos en su totalidad.- Tanto por la defensa como por el Ministerio Fiscal se elevaron a definitivas las conclusiones provisionales.

Undécimo.- Habiéndose señalado y así se declara para el inicio de la celebración de la vista y posterior deliberación el pasado 24 de Enero de 2012. La vista se desarrolla según las previsiones legales y finaliza el 8 de febrero de 2012.

Duodécimo.- Las deliberaciones se han mantenido hasta la fecha con la incorporación de un voto particular concurrente emitido por el Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar y un voto particular disidente del Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín.

HECHOS PROBADOS

El 14 de diciembre de 2006, distintas personas físicas y asociaciones que aglutinaban a familiares de desaparecidos y fallecidos durante la guerra civil española y los años de posguerra, presentaron ante la Audiencia Nacional escritos de denuncia en los que ponían en conocimiento del Juzgado tales hechos y que desconocían, hasta la fecha de la denuncia, su situación, el lugar de enterramiento y las circunstancias de su fallecimiento. Asimismo, exponían su derecho a saber y solicitaban la tutela judicial para el descubrimiento de la verdad, la práctica de las actuaciones necesarias y procedentes para la localización e identificación y, si fuera posible, la entrega a sus familiares para testimoniar su respeto y honra.

Durante los dos años siguientes a la recepción de las denuncias, el juzgado Central de instrucción n.º 5, a quien fueron turnadas, las registró e incoó un proceso penal (Diligencias previas 399/2006, luego transformadas en Sumario 53/2008) y se limitó a disponer la ratificación de las denuncias por quienes parecían como representantes de las asociaciones que denunciaban. En el auto incoado expresa el carácter presuntamente ilícito que presentaba lo denunciado. Esa demora en la tramitación

de la causa dio lugar a la interposición de denuncias, ante el Consejo General del Poder Judicial contra el Magistrado titular del Juzgado central n.º 5, D. Baltasar Garzón Real, magistrado acusado en el presente procedimiento, al que se imputaba un retraso en la resolución y tramitación de las diligencias previas incoadas.

El magistrado solicita informe al Ministerio fiscal sobre competencia, que lo emitió el 29 de enero de 2008 expresando su criterio negativo sobre la competencia del Juzgado Central basándose en la siguiente consideración: «La imprescriptibilidad no se aplica a los hechos denunciados, en razón a que estos solo pueden ser calificados como delitos comunes de acuerdo con los tipos penales contemplados en el Código penal de la época, y en la medida en que la Ley penal no puede ser de aplicación retroactiva». Añade a esa consideración la derivada de «la aplicación de la Ley 46/1977 de Amnistía por tratarse de delitos comunes».

Con fecha 16 de octubre de 2008, el magistrado dicta un auto en el que asume la competencia para el conocimiento de los hechos. En esta resolución dispone cuál es el objeto de la instrucción que acomete: «Quienes se alzaron o rebelaron contra el gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy se desconoce el paradero de esos detenidos». Añadiendo que la calificación jurídica que se acoge es la de «un delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse el paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad, a los que añadirá delitos contra las personas y contra Altos Organismos de la Nación».

También fija el ámbito temporal de su indagación judicial señalando tres épocas de investigación: «la represión masiva a través de los Bandos de 17 de julio de 1936 a febrero de 1937; la de los Consejos de Guerra, desde marzo de 1937, hasta los primeros meses de 1945; y la acción represiva desde 1945 hasta 1952.

En la misma resolución señala la existencia de lo que considera dificultades («escollos») en la investigación judicial que comienza y concreta en la irretroactividad de la ley; la consideración de delitos permanentes especialmente del delito de detención ilegal; la aplicación de la ley de amnistía; la competencia del juzgado y la identificación de las personas responsables; y la protección a las víctimas. Sobre cada uno de estos extremos desarrolla una motivación. Anticipa la pérdida de su competencia «una vez certificada oficialmente la defunción de todos los altos responsables».

Este auto fue recurrido por el Ministerio fiscal interesando su nulidad ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 20 de octubre de 2008. Se cuestionaba, precisamente, el contenido argumental de cada uno de los «escollos» que el magistrado instructor había fijado como desarrollo de su argumentación. El 18 de noviembre siguiente, una vez que la policía judicial aportó documentación acreditativa del fallecimiento de las 35 personas contra las que se dirige la investigación, el magistrado acuerda la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de las personas imputadas respecto a los delitos que investigaba y acuerda inhibirse en favor de los juzgados competentes territorialmente para la exhumación de las fosas que han sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen.

El recurso interpuesto por el Ministerio fiscal fue resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 2008 argumentando que: «esta resolución no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil —todas— y la dictadura del general Franco, de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarles y honrar su memoria...» ... «la Audiencia Nacional y, por lo tanto, el Juzgado Central de instrucción n.º 5 carecen de competencia objetiva para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La causa que se incoa en el Juzgado Central de instrucción n.º 5, cuyo titular era el acusado D. Baltasar Garzón Real, tiene su origen en unas denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica de varios territorios en las que, como hemos declarado probado, ponen en conocimiento del Juzgado la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitan la tutela judicial para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos.

Esta pretensión, legítima en su planteamiento de demanda de tutela, no podía ser atendida en su integridad, pues debe quedar fuera de la respuesta la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado.

El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. Ese objeto del proceso penal se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 ley procesal penal).

No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal penal).

Sin embargo, desde las denuncias, y quizá también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones.

Como hemos señalado, el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc, como notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra.

Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre esta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador.

La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.

Los métodos de indagación del juez de instrucción no tienen nada que ver con el proceso investigador del historiador. No procede mezclar la verdad histórica con la forense, pues la histórica es general e interpretable, no está sometida a la perentoriedad de términos y plazos y, con frecuencia, precisa de cierta distancia temporal para objetivar su análisis. La judicial, por el contrario, se constriñe a un hecho, impone unas consecuencias con carácter coercitivo, está sometida a requerimientos temporales y formales y es declarada con observancia de las garantías propias y se refiere a la depuración penal de una responsabilidad exigida desde una acusación.

SEGUNDO.- En nuestro sistema de enjuiciamiento penal es preciso tener en consideración las causas de extinción de la responsabilidad penal. En determinados casos, el legislador ha dispuesto que, pese a la posible existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, la responsabilidad penal no puede ser declarada. Son los previstos en el art. 130 del Código penal, esto es y en lo que ahora interesa, la muerte del reo y la prescripción del delito; también la amnistía, según estaba previsto en el art. 112.3 del Código penal de 1973. Se trata de supuestos en los que el Estado, a través de la ley, dispone limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad penal.

TERCERO.- El auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el acusado, realiza una aplicación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución. Ahora bien, como desarrollaremos, el delito de prevaricación no se produce por la aplicación errónea del derecho sino por dictar, a sabiendas, una resolución injusta. El error del magistrado instructor ha sido corregido en vía jurisdiccional por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a esa resolución ha de estarse por emanar del órgano jurisdiccional competente para esa declaración.

La contradicción al Derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y ese «plus» se encuentra en la injusticia de la resolución.

1. Analizaremos los errores que consideramos se han producido en el auto, bien entendido que, en realidad, existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra

otros.

En primer lugar, la calificación de los hechos. El auto de 16 de octubre de 2008 no llega a calificar los hechos como delito contra la humanidad. Califica los hechos como delito permanente de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de la víctima «en el marco de crímenes contra la humanidad». Con esta construcción formal pretendía salvar los problemas de retroactividad, de imprescriptibilidad y de prohibición de la amnistía (vid. pags. 20 y ss del auto). Esto es, sin realizar una subsunción en el delito contra la humanidad le otorga sus consecuencias. En esta aparente calificación emplea el término «marco», y también el de «contexto», expresiones que fueron reiteradamente repetidas en el juicio oral para enmarcar esa calificación jurídica en los propios términos empleados en la sentencia de esta Sala conocida como «caso Scilingo», STS 798/2007, de 1 de octubre. En los dos autos, tenidos como presupuesto de la prevaricación, se argumenta que la sentencia de esta Sala 798/2007, precisamente por atender a unos hechos criminales, asesinatos, torturas, etc..., en el contexto de un delito contra la humanidad, justifica la perseguibilidad de los hechos. Ubicado en ese «contexto» el auto de 16 de octubre extrae unas consecuencias que solo podría realizar desde una efectiva y clara subsunción en el delito contra la humanidad.

Sin embargo, una atenta lectura de la sentencia de esta Sala en la que se apoyan los autos dictados por el magistrado acusado no permite la interpretación mantenida. En esta resolución se reitera la vigencia, como no podía ser de otra manera, del principio de legalidad y sus exigencias de *lex previa, lex certa, lex scripta y lex stricta* y se afirma, categóricamente, que no es de aplicación el art. 607 bis del Código penal incorporado a nuestro Código el 1 de octubre de 2004. Por ello, casa la sentencia de la Audiencia Nacional en este concreto apartado. Además razona, frente al argumento de la Audiencia de origen, que en orden a la aplicación del Derecho Internacional Penal «es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales». En este sentido, la Constitución española prevé, en los arts. 93 y siguientes, la forma de incorporación al derecho interno de los Tratados Internacionales para desplegar sus efectos conforme al art. 10.2 de la Carta magna. Concluye la sentencia de esta Sala que «el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles»; ello sin perjuicio de su consideración como criterio de interpretación y como elemento contextual en orden a la perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena impuesta sobre la declaración de concurrencia de tipos penales del Código penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Esto es, la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad permite un efecto procesal, la perseguibilidad internacional, y otro que atiende a las facultades de individualización de la pena, sin permitir una nueva tipicidad.

Sin embargo, en el auto de 16 de octubre de 2008, el magistrado imputado realiza una interpretación del término «contexto» del que extrae la consecuencia de la perseguibilidad de las conductas que investiga sobre la base del Derecho penal Internacional consuetudinario. Así afirma la vigencia de la Cláusula Martens, adicionada al Convenio de la Haya de 1899, de los principios de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 y posteriormente por la resolución 95 de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946 y el convenio sobre la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

Dijimos en la sentencia 798/2007, y ahora lo reproducimos, que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. No es posible —por más que sea sostenida por algún sector doctrinal— que las exigencias

del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación. La garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 Constitución española) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 del Código penal). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional.

La cláusula Martens aparece redactada en términos muy genéricos, —«leyes de la humanidad y dictados de la conciencia pública»— y sin previsión de una consecuencia jurídica a su inobservancia, que impiden su consideración como norma penal sustantiva. Los principios de Nuremberg, según razona el auto, fueron incorporados a nuestro ordenamiento a través de la ratificación por España de los Convenios de Viena en 1952, cuando ya había terminado el periodo de investigación acotado en el sumario incoado, y, además, el propio auto señala que en la ratificación del Convenio en agosto de 1952, España excluye de la consideración de norma al derecho consuetudinario, lo que fue dejado sin efecto en una posterior ratificación, el 31 de julio de 1979.

En consecuencia, la calificación de los hechos contenida en el auto de 16 de octubre de 2008, como delito contra la humanidad, ni siquiera en un «contexto», es aplicable al supuesto para el que asumió su competencia: el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

En este sentido, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la *lex previa, lex certa, lex stricta y lex scripta*. El Código penal español dedica sus cuatro primeros artículos a configurar el principio de legalidad, desarrollando los arts. 25.1 y 9.3 de la Constitución y cualquier repertorio jurisprudencial revela esta configuración estricta del principio. Estas exigencias no son extrañas al ordenamiento internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina (Resolución n.º 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990). «Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado...».

En el mismo sentido de vigencia del principio de legalidad, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kolk y Kislyly contra Estonia de 17 de enero de 2006, profusamente citada por el acusado, si bien declara ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron, por lo tanto conocedores de su vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad.

2. En segundo término, hemos de referirnos a la prescripción de los delitos. Recordemos que los hechos objeto de la indagación judicial se remontan a la guerra civil, de 1936 a 1939, y continúan

durante la posguerra hasta 1952. Las diligencias penales se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código penal.

El auto de 16 de octubre de 2008 declara que, dada la naturaleza de delito permanente, no ha transcurrido el plazo de prescripción y que, en todo caso, se trataba de delitos no prescriptibles de acuerdo a las normas internacionales (art. 1 de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de humanidad, de 26 de noviembre de 1968; art. 8 de la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, ratificado por España, el 27 de septiembre de 2007).

Sobre el carácter permanente del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero, conviene realizar una precisión. Ese tipo penal no estaba previsto como tipo agravado de la detención ilegal en el Código vigente al inicio del periodo objeto de la instrucción judicial. En efecto, ese tipo penal que aparecía en el Código de 1928, desapareció del Código de la República de 1932 para volver a figurar en el Código de 1944, el primero del régimen que surgió de la guerra civil. Por lo tanto, durante la mayor parte del periodo de objeto de la instrucción no estaba vigente.

Por otra parte, la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal.

Por último, se afirma en el auto que, en todo caso, el «dies a quo» de inicio de la prescripción sería el del día en el que los familiares pudieran hacer efectivo sus derechos a una reparación eficaz y esa posibilidad no se pudo materializar hasta la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, pues hasta esa fecha «nada se pudo hacer por los denunciantes para instar su persecución al existir leyes de impunidad que protegían a los presuntos autores». Pues bien, aún en ese supuesto habría transcurrido el plazo de prescripción fijado en 20 años por el art. 132 del Código penal.

Además, como dijimos, la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias. Así, la STS 1064/2010, de 30 de noviembre, «el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1999 cuando hacía meses que había cesado la conducta delictiva... sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado»; STS 1026/2009, de 16 de octubre, que refiere un supuesto de penalidad intermedia más favorable en referencia al término de prescripción; STS 719/2009, de 30 de junio, «es claro que la prescripción de tres años es más favorable que la dispuesta en el art. 113 anterior»; STS 149/2009, de 24 de febrero, «es más si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es más favorable (en comparación con el de 1995)»; en ellas se refiere como argumento central el siguiente: «la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiendo que sería de aplicación la regla del «tempus regit actum». En este sentido la nueva norma de prescripción sería de

aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal.

3. Con relación a la amnistía, el auto de 16 de octubre de 2008 arguye que cualquier ley de amnistía que busque eliminar un delito contra la humanidad sería nulo de pleno derecho y, por ende, no podría ser aplicada, criterio que apoya en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Añade que, dada la consideración de delito permanente, los efectos del ilícito pervivieron incluso después de la Ley de amnistía (octubre de 1977). Respecto a este último apartado nos remitimos a lo que hemos argumentado sobre este extremo al tratar sobre la prescripción.

Ciertamente, la obligación de los estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad aparece impuesta, de manera clara y precisa, con la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, ratificado por España, el 19 de octubre de 2000 y publicado en el BOE el 27 de mayo de 2002, con una previsión clara sobre su ámbito temporal de actuación a los delitos cometidos «después de la entrada en vigor del presente Estatuto» (art. 11). Con anterioridad, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y ratificado por España en 1977, los estados se comprometieron a disponer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones a los derechos reconocidos (art. 2.3 del Pacto y en el mismo sentido el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho. Ahora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio, y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto «no puede aplicarse retroactivamente»).

La defensa del acusado propuso como prueba documental resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a partir de los años 90, ha interpretado el Pacto de San José de Costa Rica, al que no pertenece España, en la forma sugerida en el auto respecto a la nulidad de las amnistías promulgadas que abarcan a delitos contra los derechos humanos, aplicando retroactivamente el Pacto a supuestos anteriores a la entrada en vigor para el Estado. Sin embargo, esa jurisprudencia no es vinculante para España y no es seguida por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque contribuye al cuestionamiento de la solución vigente en Europa y la sostenibilidad de una postura divergente.

Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *ius cogens*, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aun en este supuesto, que entendemos no concurre, la prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a

un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo.

En este sentido, comprobamos cómo, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, Observancia final n.º 5 sobre España). Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento pero, no obstante, en lo que aquí interesa, nos servirá para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en esta materia y la razonabilidad de opiniones contrarias interpretando nuestro ordenamiento.

En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un periodo constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía.

La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada «transición» española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden una de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la «transición» fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes.

La idea fundamental de la «transición», tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que este suponía. Conseguir una «transición» pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento.

Precisamente, porque la «transición» fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento.

4. Con respecto a la asunción de la competencia para el conocimiento de los hechos, la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró la falta de competencia objetiva de la Audiencia Nacional, y concretamente, de los Juzgados Centrales para el conocimiento e instrucción de los hechos objeto de las denuncias, por la prescripción de los hechos en los que basó su competencia, delitos contra Altos Organismos de la Nación. Su conexión a otros no permite resurgir para la persecución penal hechos respecto a los que ha transcurrido, con creces el plazo de prescripción. En efecto, el delito contra Altos Organismo de la Nación, prescribió a los 20 años, en 1956. La interpretación que el acusado emplea para afirmar su persecución en la Audiencia Nacional, según la cual «mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos que podemos llamar, a estos efectos, subordinados», (STS 686/95, de 18 de mayo), solo tiene sentido en aquellos supuestos en los que los delitos en concurso forman parte de una «realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad» (STS 2040/2002, de 9 de diciembre). En otros términos, la consideración conjunta del término de prescripción tiene sentido en los supuestos, no tanto de concurso real, sino de consideración conjunta del hecho como una unidad o como medio. De esta manera, no es admisible que un delito ya prescrito sea «resucitado» en su persecución, transcurridos más de cuarenta años después del transcurso del plazo de prescripción. El apoyo jurisprudencial que se cita en el auto de 16 de octubre de 2008 debe ser interpretado en este sentido y no en el literal que permita perseguir un delito, indudablemente, prescrito.

5. Por último, en cuanto a la determinación de las personas contra las que dirige la indagación judicial por los delitos de detención ilegal sin dar razón de su paradero en un contexto de delitos contra la humanidad, afirma el magistrado acusado en el auto tantas veces citado que, al tiempo de asumir la competencia ignoraba si alguno de los imputados está vivo y que, en todo caso, habrá de incorporar, con fehaciencia documental, ese fallecimiento. Sin embargo, no podría desconocer que era notorio el fallecimiento de alguno de los imputados en su causa y la lógica del tiempo le hubiera llevado a la conclusión que cualquier persona ejerciendo funciones de mando y responsabilidad tendría en la época de los hechos una edad que en el 2008 sería más que centenaria.

CUARTO.- Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho, los hechos que hemos declarado probados no son constitutivos del delito de prevaricación que ha sido objeto de la acusación. Como acabamos de exponer los autos objeto de la imputación contienen una argumentación que consideramos errónea desde el punto de vista de su acomodación al derecho sustantivo y, particularmente, en lo atinente a la subsunción en el delito contra la humanidad, aunque fuera en la consideración de «contexto». Es cierto, que desde la perspectiva actual expansiva y propia del desarrollo de la civilización, la consideración de delito contra la humanidad es plausible, pero ha de estarse a la normativa vigente y a la interpretación de las normas acordes a las garantías previstas en nuestro ordenamiento. Como consecuencia de esa declaración de «contexto» el magistrado imputado realiza una aplicación de institutos del sistema penal como la prescripción y la amnistía, así como la irretroactividad de la norma penal de forma perjudicial para los imputados, lo que no es procedente. Pero esa errónea

aplicación del derecho no alcanza la nota característica del delito de prevaricación, objeto de la acusación, de manera que, aunque errónea, no es prevaricadora.

Es preciso exponer, siquiera sea sintéticamente el presupuesto de hecho sobre el que actuó el magistrado imputado. Para un mejor examen haremos referencia al Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo de 28 de julio de 2006. La Comisión fue creada por Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre con el antecedente de la proposición no de ley aprobada por la unanimidad del Congreso de los Diputados que adoptó el siguiente pronunciamiento: «El Congreso de los Diputados reafirma una vez más el deber de nuestra sociedad democrática de proceder al reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista. Instamos a que cualquier iniciativa promovida por las familias de los afectados que se lleven a cabo en tal sentido, sobre todo en el ámbito local, reciba el apoyo de las instituciones, evitando en todo caso que sirva para reavivar viejas heridas o remover rescoldos de la confrontación civil». La citada Comisión, órgano de la administración, es oficial e independiente para abordar este apartado de nuestra reciente historia que presenta, todavía, un fuerte componente emocional.

Este presupuesto de hecho lo exponemos con la finalidad de indicar la situación fáctica al tiempo de la actuación jurisdiccional discutida. La guerra civil española se desencadena tras un golpe de Estado, el alzamiento militar de 17 de julio de 1936, se desarrolla durante cerca de tres años, hasta el 1 de abril de 1939. Hubo episodios de gran violencia, motivados, en ocasiones, por un revanchismo fratricida. El informe recoge cómo en los dos bandos se cometieron atrocidades, que en la cultura actual, informada sobre la vigencia y expresión de los derechos humanos, serían propios de delitos contra la humanidad. Hubo «sacas», «paseos», fusilamientos sin juicios previos, represiones de los oponentes políticos, ejecuciones desconectadas de los frentes de la guerra, etc. Hay episodios de la guerra civil española que constituyen verdaderas masacres como, entre otros, los sucesos de Granada, Belchite, Málaga, Paracuellos del Jarama, Gernika, Badajoz en sus sucesivas ocupaciones, que son vergonzosos para la condición humana. Muchas de las personas fueron fusiladas sin juicio a lo que se añadió la ocultación del fallecido a su familia y su lugar de enterramiento. Incluso, este lugar de inhumación fue objeto de sucesivos desplazamientos sin informar a la familia.

Esta situación de barbarie, según aparece en el mencionado Informe, y también lo han expuesto testigos en el juicio oral, no solo se desarrolló durante los años del enfrentamiento bélico, sino que perduró durante la década de los años 40. Es relevante el trienio de 1947 a 1949, en el que tuvieron lugar ejecuciones derivadas, en ocasiones, de simples delaciones vecinales.

Los testimonios oídos en el juicio oral narraron los sentimientos de los familiares de los desaparecidos, el silencio que imperaba en los familiares al no poder hablar sobre los hechos acaecidos, incluso de la vergüenza padecida y lo horrible de la comparación entre la suerte de unos fallecidos y la de otros.

Es obvio que en ambos bandos de la guerra civil se produjeron atrocidades y que los dos bandos, al menos sus responsables políticos y militares, no observaron las denominadas leyes de la guerra.

QUINTO.- Los hechos anteriormente descritos, desde la perspectiva de las denuncias formuladas, son de acuerdo a las normas actualmente vigentes, delitos contra la humanidad en la medida en que las personas fallecidas y desaparecidas lo fueron a consecuencia de una acción sistemática dirigida a su eliminación como enemigo político. Así resulta de la coincidencia temporal de las acciones y los documentos que alentaban su realización.

En el ámbito jurídico se ha denominado «derecho transicional» a aquella rama del ordenamiento jurídico cuyo objeto de análisis y estudio es la ordenación pacífica de los cambios de un régimen a

otro, tratando de superar las heridas existentes en la sociedad como resultado de las violaciones a derechos humanos, avanzar en los procesos de reconciliación y garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Las experiencias internacionales permiten constatar la pluralidad de mecanismos adoptados para garantizar, o tratar de conseguirlo, la ordenada transición de un régimen a otro, casi siempre antagónico, asegurando el cumplimiento de los fines básicos que parten del respeto a los derechos humanos y preparar una adecuada transición evitando el riesgo de la repetición de un régimen político no democrático del que quiere salvarse. En este sentido, son paradigmáticos las soluciones dadas en Alemania y en Sudáfrica.

En España, la doctrina que ha estudiado nuestra transición, además de destacar, en términos generales, su carácter modélico y las renuncias que tuvieron que realizarse para procurar la paz y la reconciliación, la han clasificado como un proceso de «impunidad absoluta con indemnización a las víctimas». La ley de amnistía, Ley 46/77 de 15 de octubre, ley aprobada por el primer Parlamento democrático, acabada la dictadura, lo fue por una amplísima mayoría, más del 90 por ciento de los Diputados. Desde la ley de amnistía y con apoyo en ella, el ordenamiento español se ha dotado de más de 20 disposiciones con rango de ley, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales, a través de los que se han acometido importantes reparaciones económicas y, de otro orden, a las víctimas de la guerra civil del bando republicano (restitución de escalafones, reconocimientos económicos, restitución de bienes, concesión de nacionalidad a descendientes de exiliados etc.), tendentes a reparar materialmente los efectos de la guerra civil y del franquismo.

SEXTO.- De cuanto llevamos argumentado podemos extraer varias conclusiones:

1. La situación puesta de manifiesto por las víctimas, que comparecen en el Juzgado Central n.º 5 exponiendo su situación y demandando la tutela del órgano judicial, de acuerdo con nuestra cultura actual sobre Derechos Humanos, es una denuncia de delitos contra la humanidad. En efecto, en la medida en que se refería la desaparición de personas y cuerpos de los fallecidos, fusilamientos, ejecuciones extrajudiciales, detenciones ilegales etc., realizados siguiendo un plan sistemático de ejecución, como resulta de algún Bando u Ordenaciones, y de su realización simultánea en tiempo y espacio.

2. Las denuncias interpuestas determinan al Juez al examen del derecho aplicable y, en su caso, a la adopción de medidas referidas al hallazgo de un cadáver en condiciones de sospechosa criminalidad.

3. La asunción de competencia por el Juzgado Central n.º 5 de la Audiencia Nacional del que era titular el magistrado acusado, que se realiza en el auto de 16 de octubre de 2008, contienen algunas argumentaciones erróneas. Se efectúa una interpretación de las normas aplicables a los hechos, particularmente en lo referente a la incoación del proceso y a la asunción de competencia, que entra en colisión con las normas y la interpretación de la misma que consideramos procedente. Colisiona también con la Ley de amnistía de 1977 y los preceptos reguladores de la prescripción, con la determinación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica. Ello conlleva una actuación jurisdiccional errónea, que ha sido corregida mediante la utilización del sistema de recursos previstos en la ley, de manera que ha sido el órgano jurisdiccional competente, el Pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, quien ha resuelto el conflicto que le fue planteado. Efectivamente, en su resolución de 2 de diciembre de 2008, declara la falta de

competencia objetiva del Juzgado Central n.º 5 para la investigación de los hechos y presuntos delitos a los que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008.

4. La actuación del juez al dictar el auto fue dirigida a disponer la tutela que le reclamaban quienes eran víctimas de unos delitos hoy día calificables como delitos contra la humanidad, que se encontraban en una situación de objetiva desigualdad respecto a otras víctimas de hechos sustancialmente similares y coetáneos en el tiempo de la guerra civil. Es cierto que las leyes y disposiciones posteriores a la Ley de Amnistía, que culminan con la Ley de Memoria Histórica, han reparado, en gran medida, las consecuencias de la guerra y posguerra, pero no han concluido las actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los cadáveres para su homenaje y procurar la efectiva reconciliación que la Ley de Amnistía persiguió.

5. La interpretación que el magistrado realiza en el auto de 16 de octubre de 2008 y que reitera en el de 18 de noviembre siguiente, aunque errónea, ha sido empleada por otros operadores jurídicos que han argumentado en términos similares a los contenidos en los mencionados autos. Así, destacamos el informe del Ministerio fiscal en la demanda de amparo interpuesta por un familiar de un enterrado en una fosa común que pretendía, una vez localizado el cadáver de su familiar, actuar penalmente contra las personas que citaba en un escrito dirigido al Juzgado. Este rechazó la pretensión penal sobre la base de la amnistía y la prescripción y su resolución fue confirmada por la Audiencia provincial de Córdoba. La demanda de amparo se interpuso contra la resolución de la Audiencia que desestima la apelación contra el auto de archivo. Esta denuncia ante el Tribunal Constitucional fue apoyada por el Fiscal empleando una argumentación en gran medida similar a la utilizada por el magistrado en citados autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008. La demanda de amparo fue rechazada por el Tribunal Constitucional por auto 333/2008, de 27 de octubre, sin analizar los argumentos de apoyo del Ministerio fiscal, pues «solo al demandante corresponde la carga de la argumentación, sin que ni siquiera al propio Tribunal pueda corresponder una labor de integración de los defectos argumentales de los que puedan adolecer las demandas de amparo».

Del mismo modo el informe del Ministerio fiscal en las Diligencias previas 211/2008 del Juzgado Central n.º 2 de la Audiencia Nacional, en el que argumenta sobre la subsunción de unos hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial en los delitos de genocidio del art. 607 del Código penal por aplicación de los principios de Nuremberg, utilizan argumentos similares.

También constan documentalmente resoluciones del Comité Interamericano de Derechos Humanos, aplicando retroactivamente el Pacto de San José de Costa Rica. Igualmente, sobre la imprescriptibilidad y la no procedencia de amnistía respecto a delitos contra la humanidad, existen resoluciones y Sentencias del Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que evidencian una expansión creciente de la cultura y del contenido de los derechos humanos. Entre estas resoluciones destacamos la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyly contra Estonia, a la que ya nos hemos referido con anterioridad. El Tribunal en interpretación del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone la vigencia del principio de legalidad en términos similares a los del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que, tras asegurar su vigencia y el principio de irretroactividad, declara que: «el presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar

el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocido por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder. En el caso, dos responsables del Ministerio del Interior ruso, ocupante de la República báltica de Estonia, en el año 1949 procedieron a la deportación de una familia y en 1994 fueron condenados por los tribunales de la República Estonia, una vez recuperada la independencia, por delitos contra la humanidad considerando su imprescriptibilidad de acuerdo al Derecho penal internacional. El Tribunal afirma el conocimiento de la tipicidad por Rusia por su participación en la redacción de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que, definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946. En definitiva, esta sentencia destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos.

SÉPTIMO.- Abordamos, a continuación, la subsunción de los hechos objeto de la acusación en el delito de prevaricación judicial del art. 446 del Código penal. La jurisprudencia de esta Sala es clara y constante en la interpretación de su contenido típico. Ya dijimos en la STS 308/2009, de 23 de marzo, que los elementos constitutivos de esta infracción penal eran los siguientes:

1º. Sujeto activo ha de ser un juez o magistrado. Se trata, por lo tanto de un delito especial propio, al referir como autor del delito a un sujeto especialmente calificado.

2º. El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento.

3º. El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión «a sabiendas» que ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia.

En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Son muchas las Sentencias de esta Sala que reproducen estos criterios básicamente expuestos, basta con citar la 627/2006, de 8 de junio, 102/2009, de 3 de febrero, y las importantes 2/99, de 15 de octubre, 2338/2001, de 27 de noviembre y 359/2002, de 26 de febrero. En todas ellas destacamos una particularidad de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del

Derecho, de ahí que no deban trasladarse «sic et simpliciter» los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como «esperpéntica», «apreciable por cualquiera», etc., pues estos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

En la reciente sentencia de esta Sala, STS 79/2012, de 9 de febrero, recaída en un proceso inmediato anterior al presente y contra el mismo acusado, hemos expuesto y reiterado nuestra interpretación del delito de la prevaricación con explicación detallada de los supuestos en los que ha sido subsumida la tipicidad de la prevaricación, destacando cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber.

En esta jurisprudencia destacamos los dos elementos de la prevaricación. Desde una formulación objetiva la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera, allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles —independientemente de la convicción del juez— no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable. El otro elemento, el subjetivo del tipo aparece integrado por la expresión «a sabiendas» es decir la conciencia, o la indiferencia, de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones. Estos elementos deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica.

A la luz de lo anterior examinamos el contenido de las resoluciones que son el objeto de este procedimiento. Hemos declarado, a lo largo de la anterior argumentación, la existencia de errores en la interpretación de la norma, errores que han sido objeto de la procedente revisión y constatación por el órgano encargado de la revisión en el recurso en su día planteado por el Ministerio fiscal. Ha de estarse a la declaración emitida por el Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional. En la función jurisdiccional la interpretación correcta de la norma de aplicación es la que hace el órgano jurisdiccional que conoce de la última instancia revisora.

La falta de acierto en la legalidad y la injusticia, obviamente, no son lo mismo, pues la legalidad la marca, evidentemente, la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada. Aunque sea obvio, hay que recordar que una interpretación contraria, o que disienta de la realizada por el Tribunal Supremo, no la convierte en arbitraria o, en su caso, prevaricadora, pues el sistema permite la disidencia siempre que esté razonada. Como dijimos en la STS 8/2010, de 20 de enero, «Es obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales para poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolución necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas. La vinculación que debe existir en la aplicación de la norma entre órganos jurisdiccionales, horizontal y vertical, permite la disensión que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto a la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Es por ello que la disidencia con una interpretación es factible, requiriéndose de quien la realiza una explicación de la disidencia, de su resolución, como aquí ocurre, pues los dos autos a los que se reprocha contener el elemento fáctico

de la prevaricación, aparecen profusamente motivados con remisiones a fuentes de interpretación admisibles en nuestro Derecho.

Por otra parte, las resoluciones tenidas por prevaricadoras por la acusación, los autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008, son, de alguna manera, consecuencia uno del otro. En el primero se afirma la competencia, si bien supeditada a la comprobación del fallecimiento de las personas que designa como imputadas en los hechos. En el segundo auto, dictado tan pronto le consta fehacientemente la muerte como causa de extinción de la responsabilidad penal de todos los imputados en la instrucción, acuerda la inhibición de la causa a los juzgados territorialmente competentes. No es, por lo tanto, congruente, plantear la denuncia por prevaricación respecto a los dos autos, pues en uno se afirma y en el otro se niega la competencia.

Respecto a la contradicción entre el auto de 16 de diciembre de 1998, por el que se rechaza de plano la querella presentada por los sucesos acaecidos en Paracuellos del Jarama, y el contenido argumental del auto de 16 de octubre de 2008, sobre los que la acción popular ha justificado el conocimiento de la prevaricación, destacamos que los diez años transcurridos entre una y otra resolución ponen de manifiesto un cambio de opinión jurídica sobre unos hechos, con independencia de sus autores y puede ser debida a la distinta concepción del sustrato de protección y de la fuerza expansiva de los derechos humanos en los últimos tiempos. Los cambios de opinión, debidamente razonados, no son presupuesto de la prevaricación. En todo caso, el contenido del auto de 16 de diciembre de 1998 era correcto al afirmar en los hechos la vigencia de la ley de amnistía y la prescripción de los hechos.

En otro orden de cosas, dijimos al señalar los requisitos del tipo penal de la prevaricación judicial que la misma se construye mediante una contradicción al Derecho de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y que incorpora un disvalor verificado en el hecho.

Abordaremos, en el caso concreto, estos requisitos de la prevaricación. Como hemos argumentado, con cita del Informe de la Comisión Interministerial, los dos bandos realizaron atrocidades sin sujeción a las leyes de la guerra. En las denuncias se refiere que los hechos lesivos de derechos fundamentales se perpetuaron tras la finalización de la guerra civil, y que los mismos no fueron investigados. Se afirma que esa inacción en la investigación contraviene los Tratados Internacionales, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, ratificado por España en 1976, (art. 2.3) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado el 26 de septiembre de 1979 (art. 13). Denuncian una situación antijurídica asimilable a la desaparición forzada a la que se refieren los Tratados Internacionales como constitutivos de delitos contra la humanidad, a los que sería de aplicación las especiales prevenciones dispuestas en los Tratados pues supondría un obstáculo a la obligación de perseguir esas infracciones. Esa interpretación que se postula, y que el magistrado acusado asume en los autos cuestionados, entra en colisión, como hemos señalado, con la concepción estricta del principio de legalidad y la interdicción de la aplicación retroactiva de la norma desfavorable, que rige en nuestro Derecho y supone que los Tratados Internacionales rigen desde su entrada en vigor de acuerdo a las previsiones constitucionales. El magistrado instructor ha pretendido mejorar la situación de los titulares de los derechos vulnerados y lo hace mediante la incoación de un proceso penal que dirige a tutelar a unas personas que han sido víctimas de una lesión constatada. Esa finalidad perseguida, aun cuando errónea en su realización y convenientemente corregida, ha tratado de mejorar la situación de unas víctimas cuyo derecho a conocer los hechos y recuperar a sus muertos para honrarles es reconocido por la Ley de Memoria Histórica.

Con respecto al requisito de la contradicción al derecho no explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable, tampoco concurre en el supuesto de la acusación. Hemos expuesto que la argumentación de los autos tachados de prevaricadores, aunque errónea, es mantenida por

algunos juristas en sus informes y en alguna resolución de organismos de control de Derechos Humanos. En este sentido nos hemos referido a los informes del Ministerio fiscal ante el Tribunal Constitucional, recurso de amparo 9367/2005, y el emitido al Juzgado Central número 2, Diligencias Previas 211/2008, ambos con un contenido argumental semejante al de los autos dictados por el magistrado acusado. También hemos expuesto la existencia de decisiones de los órganos vigilantes de las normas sobre protección de derechos humanos que evidencian la expansión de su contenido. En todo caso la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión.

El magistrado acusado se ha apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento, si bien ha obviado que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución y al que nos hemos referido anteriormente. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad, incluso aunque los actos hubieran sido legales bajo el derecho en vigor al tiempo de los hechos, pero siempre supeditado al conocimiento previo de la tipicidad en el derecho consuetudinario internacional para poder acomodar la conducta a las exigencias de dicho derecho. Esto es, la exigencia del requisito de la «lex previa» para poder ajustar la conducta al reproche contenido en la norma.

En consecuencia la actuación jurisdiccional del magistrado acusado, aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanzan la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de prevaricación objeto de la acusación.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado *D. Baltasar Garzón Real*, del delito de prevaricación del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Notas

[1]. Reyes Mate, «Tierra y huesos. Reflexiones sobre la historia, la memoria y la “memoria histórica”», cap. 7, en *La herencia del olvido*, Madrid, Errata Naturae, 2008, p. 160.
[2]. Luis Jiménez de Asúa, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 98.
[3]. Mónica Lanero Táboas*, Una milicia de la Justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 247-248.
[4]. Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.
[5]. Prólogo a la segunda edición de *El mito de la cruzada de Franco*. Cita contenida en el trabajo de Ramón Sáez, «Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo», en *Mientras tanto*, n.º 114.
[6]. Carme Molinero, ed., *La Transición, treinta años después*, Barcelona, Península, 2006.
[7]. Rodolfo Martín Villa, *Al servicio del Estado*, Barcelona, Planeta, 1984, p. 143.
[8]. Ricard Vinyes, «Sobre víctimas y vacíos; ideologías y reconciliaciones; privatizaciones e impunidades», en Ana Domínguez Rama, ed., *Enrique Ruano. Memoria viva de la impunidad del franquismo*, Madrid, Editorial Complutense, 2011, p. 267.
[9]. El propósito de dicha ley fue el siguiente: «Hoy resulta así oportuno recordar y honrar a quienes se esforzaron por conseguir un régimen democrático en España, a quienes sufrieron las consecuencias del conflicto civil y a los que lucharon contra la dictadura en defensa de las libertades y derechos fundamentales de los que hoy disfrutamos... Por todo ello, la presente Ley declara el año 2006 como Año de la Memoria Histórica en orden a reconocer y homenajear a todos los que de una u otra forma se esforzaron para conseguir un régimen democrático, dedicando su vida o sufriendo persecución por este motivo, y a comprometer a los poderes públicos en la promoción de actos conmemorativos de esta efeméride». Y, en el artículo 1, decía así: «Con motivo del 75º aniversario de la proclamación de la Segunda República en España, se declara el año 2006 como Año de la Memoria Histórica, en homenaje y reconocimiento de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil, o posteriormente de la represión de la dictadura franquista, por su defensa de los principios y valores democráticos, así como de quienes, con su esfuerzo a favor de los derechos fundamentales, de la defensa de las libertades públicas y de la reconciliación entre los españoles, hicieron posible el régimen democrático instaurado con la Constitución de 1978». Y, en el artículo 2: «Los poderes públicos promoverán y apoyarán la celebración de actos conmemorativos que estimulen la reflexión sobre aquellos hechos y el recuerdo y reconocimiento de la labor de aquellas personas, asociaciones e instituciones».
[10]. Los vocales fueron Fernando Salinas Molina, Montserrat Comas D’Argemir, Félix Pantoja García y Alfonso López Tena, quienes, con motivo de dicho rechazo, lo valoraron como «un fracaso

en la trayectoria de un órgano constitucional y democrático que se asienta, precisamente en los valores y principios que no se han querido reconocer y homenajear con esta propuesta».

[11]. *Los Autos de Garzón-Varela. La memoria enterrada*, Barcelona, Comanegra, 2010, pp. 218-219.

[12]. Juan José del Águila, «Consideraciones preliminares sobre la Brigada Político-Social en el régimen franquista», en las *Conclusiones de la Investigación promovida por la Cátedra Extraordinaria de la Universidad Complutense «Memoria Histórica del Siglo XX»*, con el título *Judicatura, Investigación, Penitencia (El orden político y sus instrumentos)*, entregadas al Ministerio de la Presidencia el 31 de marzo de 2012.

[13]. Archivo Histórico de Comisiones Obreras de Catalunya, Fondo Expedientes A. FINA. VIII. Francisco Puerto.

[14]. Carlos Jiménez Villarejo, «Una aproximación a la policía política del franquismo: la Sexta Brigada de Barcelona», en Ana Domínguez Rama, ed., *Enrique Ruano. Memoria viva de la impunidad del franquismo*, Madrid, Editorial Complutense, 2011, pp. 213-214.

[15]. Francisco Javier Bastida, *Jueces y Franquismo. Pensamiento Político del Tribunal Supremo en la dictadura*, Barcelona, Ariel, 1986.

[16]. Alfons Aragoneses, «Continuidad y discontinuidad del pasado en la Justicia del presente», en *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal, 1984, p. 306 (nota 23).

[17]. «Fiscal entrevistado el 22/11/2004», en Bruno Amaral Machado, *Fiscalías: su papel social y jurídico-político. Una investigación etnográfico-institucional*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 200. En esta obra se cita el caso del que fue fiscal-jefe de Barcelona, Alejandro Sanvicente, hasta su jubilación en 1987, «hombre ultraconservador, procedente del franquismo» (p. 267).

[18]. Julián Álvarez, *Burocracia y poder político en el régimen franquista*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1984 (citado en Bruno Amaral, *op. cit.*, p. 200).

[19]. Juan José del Águila, *El TOP: la represión de la libertad (1963-1977)*, Barcelona, Planeta (Historia y Sociedad), 2001.

[20]. *Ibid.*, p. 301.

[21]. *Ibid.*, p. 293.

[22]. Declaración aparecida en el diario *Línea de Murcia* el 26 de octubre de 1976. Citada en Juan Ramón Capella, ed., *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 152.

[23]. José María Mena, *De oficio, fiscal*, Barcelona, Ariel, 2010, p. 60.

[24]. Juan José del Águila, *op. cit.*

[25]. Archivo del Ministerio de Justicia. Legajos: 2353, 10735, 7079, 14755 y 13931, entre otros.

[26]. Francisco Javier Bastida, *op. cit.*, pp. 109 y 122.

[27]. Manuel Peris, *Juez, Estado y Derechos Humanos*, Valencia, Editor Fernando Torres, 1976, p. 190.

[28]. Luis Prieto Sanchos, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 189-190 y 201-202.

[29]. Carlos Jiménez Villarejo, en una entrevista concedida a la revista *Lligall*, *Revista Catalana d'Arxivística*, 31 (2010), pp. 320-321.

[30]. Así lo acreditó: «Participó en la elaboración de todas las leyes represivas de la época, entre otras la ley que implantó el Tribunal de Orden Público, de cuya Comisión de redacción fue presidente». Nicolás Sartorius y Alberto Sabio, *El final de la dictadura, la conquista de la democracia en España: noviembre de 1975-junio de 1977*, Madrid, Temas de Hoy, 2007, p. 489.

[31]. Prueba de ello es que el ministerio fiscal «había sido una cantera de cuadros de dirección política del régimen franquista», lo que no fue obstáculo para que continuaran desempeñando cargos relevantes en la restaurada democracia. Bruno Amaral Machado, *op. cit.*, p. 200.

[32]. Es de obligada consulta la obra de Pedro-Pablo Miralles Sangro, *Al servicio de la Justicia y de la República. Mariano Gómez (1883-1951). Presidente del Tribunal Supremo*, Madrid, Dilex, 2010. En ella se hace constar que D. Mariano Gómez fue condenado por el Tribunal de Responsabilidades Políticas el 19 de febrero de 1949.

[33]. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Barcelona, Reus, 1980, p. 161.

[34]. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su declaración de condena de la dictadura franquista de fecha 17 de marzo de 2006 (recomendación 1736) hace referencia a un punto fundamental y que tiene importante trascendencia en la investigación iniciada en esta causa. En sus puntos 72, 73, 74 y 75 afirma, respectivamente:

«Los "niños perdidos" son también parte de las víctimas del franquismo: se trata de hijos de presos cuyos apellidos fueron modificados para permitir su adopción por familias adictas al régimen.

»Varios miles de hijos de obreros fueron también enviados a instituciones del Estado porque el régimen consideraba su familia republicana como "inadecuada" para su formación.

»Niños refugiados fueron también secuestrados en Francia por el servicio exterior de "repatriación" del régimen y situados posteriormente en instituciones franquistas del Estado.» Régimen fundado en disposiciones del dictador como el Decreto de 23/11/1940 sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra y la Ley de 4/12/1941.

[35]. El funcionamiento de los consejos de guerra ha sido objeto de numerosos estudios, sobre todo en su primera fase. Valgan como referencia de todos ellos los siguientes: Marta Núñez Díaz-Balart y Antonio Rojas, *Consejo de guerra. Los fusilamientos en el Madrid de la posguerra (1936-1945)*, Madrid, Compañía Literaria, 1997; y Josep Benet, *Domènec Latorre, afusellat per catalanista*, Barcelona, Edicions 62, 2003.

[36]. Entonces estaba vigente la Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876.

[37]. Nicolás García Rivas, *La rebelión militar en derecho penal*, Albacete, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1990, p. 103.

[38]. Decreto de 24 de enero de 1958.

[39]. La exigencia de la aprobación de la sentencia por el capitán general estaba prevista en el artículo 28, 9º y 10º del Código de Justicia Militar de 1890 y en el artículo 52, 9º y 10º del Código de 1945, que incluía expresamente las dictadas «en procedimiento sumarísimo».

[40]. Testimonios, entre otros, de conocimiento ineludible sobre la tortura franquista: Miguel Núñez, *La revolución y el deseo*, Barcelona, Península, 2002, pp. 95-115; Ricard Vinyes, *El daño y la memoria. Las prisiones de María Salvo*, Barcelona, Plaza & Janés, 2004.

[41]. Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona: n.º de localización de archivo 28.981, n.º de causa 1937.

[42]. Joan Corbalán Gil, *Justícia, no venjança. Els executats pel franquisme a Barcelona (1939-1956)*, Barcelona, Cossetània, 2008, p. 50. En esta obra, concretamente en el capítulo «Organitzar la repressió», se lleva a cabo un análisis exhaustivo de los mecanismos de colaboración con la represión.

[43]. Según se disponía en los artículos 142 en relación con el 134 del Código de Justicia Militar entonces vigente.

[44]. Así se desprende de numerosos procedimientos sumarísimos de urgencia, como los siguientes que obran en el Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona.

Número localización de archivo 499/39, procedimiento que acumuló los incoados y tramitados por los juzgados militares de Arenys de Mar, Vilafranca del Penedès, Sant Feliu de Llobregat y Granollers. El juez militar de Arenys nombró a falangistas como secretarios judiciales en seis procedimientos y el de Sant Feliu de Llobregat en dos de ellos.

Número de localización de archivo 28981, número de causa 1937. Procedimiento en el que el juez militar de Granollers nombró secretario judicial a un «militante de FET y de las JONS».

Número de localización de archivo 27112, número de causa 27208. El juez militar de Granollers nombra también secretario judicial a un militante de la Falange.
Número de localización de archivo 20293, número de causa 165. El juez militar de Granollers reitera el nombramiento de secretario judicial a un militante de la Falange.
Número de localización de archivo 22660, número de causa 12696. El juez militar de Granollers reitera el mismo nombramiento. Así consta también en los procedimientos correspondientes a los siguientes archivos: Número de localización de archivo 27395, número de causa 9948 y en el correspondiente al número localización archivo 27490, número de causa 12702.
[45]. Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona: n.º de localización de archivo 773/1939.
[46]. Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona: n.º de localización de archivo 499/1939.
[47]. Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona: n.º de localización de archivo 773/39.
[48]. Carlos Jiménez Villarejo, «El proceso militar contra el President Companys. Un paradigma de barbarie», *Quaderns del Memorial Democràtic*, vol. 1, 2010, pp. 30-32.
[49]. Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona: n.º de localización de archivo 27112, n.º de causa 27208. La diligencia transcrita figura con la siguiente anotación Sección 5ª A. Número 72574. Igualmente se puede constatar en el procedimiento: n.º de localización de archivo 27562, n.º de causa 28674.
[50]. Derogada por la Ley 43/971 de 15 de noviembre de reforma del Código Penal.
[51]. Federico Vázquez Osuna, «Francisco Javier Elola Díaz-Varela, la lealtad de un magistrado al Estado de Derecho hasta sus últimas consecuencias», *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 48 (noviembre de 2003), p. 47.
[52]. Véase Paul Preston, *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*, Barcelona, Debate, 2011, p. 617.
[53]. Véase Anexo 1. Relación de sentencias y autos de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo consultados.
[54]. Información facilitada por Amnistía Internacional.
[55]. Información facilitada por el Centro de Documentación Judicial (Cendoj) del Consejo General del Poder Judicial.
[56]. Este voto particular fue emitido por el entonces presidente de la Sala, el magistrado José Jiménez Villarejo.
[57]. Este caso es especialmente cruel, si es que alguno no lo fue; el matrimonio ejecutado, es decir, asesinado, tenía dos hijos, Vicente y José Antonio Muñiz Campos, que quedaron huérfanos y fueron internados en el Asilo Niño Jesús de Valencia y luego en el San Francisco Javier de Campanar. El primero de ellos ha narrado su vida en la obra *Agua limpia. Hijos de la República*, Madrid, SEPHA, 2006, y que comienza así: «Mi hermano, de cinco años, y yo, con seis, quedamos en el mayor de los desamparos en unos tiempos terribles, soportando años continuos de hambre y violencia en un asilo dirigido por monjas franquistas». Es muy importante no olvidar testimonios como este, porque hace aún más injusta, si cabe, la sentencia del Tribunal Supremo.
[58]. Ramón Sáez, «Miguel Hernández era culpable», *Público* (23 de marzo de 2011), p. 5.
[59]. Las mayúsculas son del autor.
[60]. José María Asencio Mellado, *La revisión de la condena del poeta Miguel Hernández*. En prensa, para su publicación en el libro-homenaje a la catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Salamanca, Carmen Calvo Sánchez.
[61]. Este capítulo se publicó parcialmente en un suplemento gratuito de la revista *L'Avenç*, n.º 357, vol. 1 (abril de 2010), de los *Quaderns del Memorial Democràtic*. Nuestro agradecimiento al Arxiu

Nacional de Catalunya y a la Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona por su colaboración en la obtención de documentación y legislación, respectivamente.

[62]. Julián Casanova, «Una dictadura de cuarenta años», en Julián Casanova, coord., *Morir, matar, sobrevivir: La violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona, Crítica, 2002, p. 58.

[63]. Entonces estaba vigente la Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876.

[64]. Nicolás García Rivas, *op. cit.*, p. 103.

[65]. Josep Maria Figueres, *El consell de guerra a Lluís Companys: president de la Generalitat de Catalunya*, Barcelona, Proa, 1997, p. 52.

[66]. Alberto Reig Tapia, *Ideología e historia: sobre la represión franquista y la guerra civil*, Madrid, Akal, 1986, p. 138.

[67]. Josep Benet, *Lluís Companys, Presidente de Cataluña, fusilado*, Barcelona, Península, 2005, p. 131.

[68]. Las vicisitudes del traslado del presidente desde La Baule a la prisión de La Santé, a Madrid y a Barcelona, están claramente expuestas en el trabajo de Llorenç Codern i Bové, «La recuperació de la documentació del President Companys», *Butlletí de l'Arxiu Nacional de Catalunya*, n.º 7 (febrero de 2004), pp. 8-11.

[69]. Véase el Anexo 3.

[70]. Josep Benet, *op. cit.*, p. 151.

[71]. Lo era en el artículo 4º de la Constitución monárquica de 1876, vigente cuando se aprobó el Código de Justicia Militar de 1890, y en los artículos 489-501 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente desde 1882. Dicho plazo fue reconocido, aunque no se respetara, en el artículo 18 del Fuero de los Españoles.

[72]. Hilari Raguer, «Salvados gracias a Companys», *La Vanguardia* (11 de diciembre de 1990). Cita tomada de la obra de Josep Maria Figueres, citada anteriormente.

[73]. Josep Benet, *op. cit.*, p. 219.

[74]. Josep Benet, *op. cit.*, p. 243.

[75]. El magistrado Buenaventura Sánchez-Cañete, que conspiró activamente contra la República, en el momento de declarar era presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona. De él dice un especialista en el estudio de la administración de justicia franquista en Cataluña: «No debades, el President de l'Audiència Territorial de Barcelona, se'n venjava de la forma més violenta i despietada actuant de testimoni de càrrec en la causa contra el President Companys». Federico Vázquez Osuna, *La rebel·lió dels tribunals*, Barcelona, Afers, 2005, p. 267.

[76]. Declaración hecha el 7 de octubre. *Consejo de guerra y condena a muerte de Lluís Companys. President de la Generalitat de Catalunya (octubre de 1940)* (edición facsímil), Departamento de la Presidencia, Generalitat de Catalunya, octubre de 1999, p. 41.

[77]. *Consejo de guerra y condena a muerte de Lluís Companys. President de la Generalitat de Catalunya (octubre de 1940)*, *op. cit.*, pp. 87-88.

[78]. Para ello, aplicó el artículo 172 del Código de Justicia Militar que permitía acudir «para las causas de exención de responsabilidad criminal» al Código Penal ordinario. El texto del Código Penal decía lo siguiente: «La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo».

[79]. *Consejo de guerra y condena a muerte de Lluís Companys. President de la Generalitat de Catalunya (octubre de 1940)*, *op. cit.*, p. 89.

[80]. *Ibid.*, pp. 117-118.

[81]. *Ibid.*, pp. 119-121.

[82]. *Gaceta de Madrid* (20 de julio de 1889).

[83]. Nicolás García Rivas, *op. cit.*

[84]. Marc-Aureli Vila, «Dictamen referent a la sentència de mort del President de la Generalitat de Catalunya, Lluís Companys i Jover», en Joan Llarch, *La tràgica mort de Companys,* Barcelona, Bruguera, pp. 160-175.
[85]. *Ope legis*: por disposición legal.
[86]. Artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
[87]. Santos Juliá, «Orígenes sociales de la democracia en España», en Manuel Redero San Román, ed., *La transición a la democracia en España*, Madrid, Marcial Pons (Revista *Ayer*), 1994 (2ª ed.), p. 184.
[88]. Carlos Carnicero Herreros, *La ciudad donde nunca pasa nada. Vitoria, 3 de marzo de 1976*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009, p. 143.
[89]. Mercè Garcia Arán, «Impunidad, la comisaría», *En Transición*, Barcelona, Centro de Cultura Contemporánea (CCCB), 2008.
[90]. Mariano Sánchez Soler, *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Barcelona, Península, 2010, pp. 363-364.
[91]. Reyes Mate, *op. cit.*, p. 172.
[92]. Quedan, pues, excluidas las dictadas por la jurisdicción militar que conocía de los asesinatos y lesiones causadas por la Policía Armada y la Guardia Civil.
[93]. Ana Domínguez Rama, «A Enrique Ruano lo han asesinado», *Enrique Ruano. Memoria viva de la impunidad del franquismo*, Madrid, Editorial Complutense, 2011, p. 33.
[94]. Ana Domínguez Rama, *op. cit.*, p. 55.
[95]. Mariano Sánchez Soler, *op. cit.*, p. 58.
[96]. Artículo 631 de dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[97]. Consta como Anexo 5 el informe de autopsia completo, ya que constituye un documento indispensable para conocer el grado de encarnizamiento y brutalidad con que Agustín Rueda fue tratado y que da cumplida razón de la injusticia de la sentencia acordada respecto a los funcionarios de prisiones, incluidos médicos, acusados por dicha muerte.
[98]. *Tiempo*, n.º 72 (26 de septiembre de 1983), p. 15.
[99]. Agravantes comprendidas en el artículo 10, 1ª, 8ª y 10ª del Código Penal, texto refundido de 1973.
[100]. Mercedes García Arán; Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 271 (7ª ed., revisada y actualizada).
[101]. Miguel Núñez, *La revolución y el deseo*, Barcelona, Península, 2002.
[102]. El delito de tortura, de acuerdo con los convenios internacionales, fue incorporado al Código Penal español por ley 31/1978, de 17 de julio, introduciéndolo en el artículo 204 bis. Era, desde entonces, atribuible a «Autoridades o funcionarios públicos», incluidos la «autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias» con los fines y resultados que en ese precepto se describen.
[103]. María Luisa Maqueda, «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XXXIX, mayo-agosto 1986, pp. 422-485 (nota 27 de la p. 430).
[104]. Guy Aurenche, «Le rôle des organisations non gouvernamentales et des média dans la lutte contre la torture», *Seizième session d'enseignement : Strasbourg, 1er-26 juillet 1985 : recueil des cours : textes et sommaires*, Estrasburgo, 1985, pp. 1-25.
[105]. Véase Edward Peters, *La tortura*, Madrid, Alianza, 1987.
[106]. Por las denuncias de torturas se incoaron varias diligencias previas, existiendo las siguientes sentencias condenatorias, incorporadas a las actuaciones: sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 7 de noviembre de 1997 (por la que se condena a tres guardias civiles por delito de torturas en relación con el recurrente Urra), modificada parcialmente en casación por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1998, aplicando un tipo distinto y rebajando la pena

impuesta, pero manteniendo la condena por delito de torturas; sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 4 de marzo de 1999 (que condena a dos guardias civiles, instructor y secretario de las diligencias policiales, por tres delitos de torturas a los recurrentes Palacios, Arriaga y Rojo, en cuanto como superiores jerárquicos estaban en posición de garante de la salud y la integridad de los detenidos y no hicieron nada para impedir los malos tratos que se estaban produciendo y de los que tenían cabal conocimiento), casada y anulada por sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2001 (que, pese a estimar probada la existencia de malos tratos, considera que no existe suficiente prueba de cargo del conocimiento de los hechos por parte de los superiores jerárquicos); y sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 15 de febrero de 2001 (que reconoce la existencia de torturas respecto de los recurrentes Tobalina y Olabarría y condena por ellas a dos guardias civiles). Todas estas sentencias han sido aportadas al presente procedimiento por los recurrentes: la primera de ellas acompañando la demanda de amparo y las restantes con el escrito de alegaciones relativo al incidente de suspensión.

[107]. Francisco Tomás y Valiente, *La tortura en España*, Barcelona, Ariel, 1973.

[108]. Francesc Arroyo, «"El Papus", un atentado sin culpables», *El País* (29 de enero de 2011).

[109]. Hanna Arendt: «Comprensión y política (las dificultades de la comprensión)». En la obra colectiva *Hanna Arendt: sobrevivir al totalitarismo*, Miguel Vatter y Horts Nitschack (editores), Goethe Institut, LOM Ediciones, Chile, 2008.

[110]. Para el desarrollo de este capítulo ha sido fundamental el conocimiento de la obra del historiador Francisco Espinosa Maestre, *Callar al mensajero. La represión franquista. Entre la libertad de información y el derecho al honor*, Barcelona, Península, 2009.

[111]. Rafael Escudero Alday, «El derecho a saber», *ibid.*, p. 22.

[112]. «Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978», PPU, 1987, p. 77. Sobre «el juicio de ponderación», véase Luis Prieto Sanchos, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 189-203 (2ª ed.).

[113]. Luis López Guerra *et alii*. *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 304.

[114]. Lluís de Carreras Serra, *Las normas jurídicas de los periodistas. Derecho español de la información*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya (UOC), 2008, p. 134.

[115]. Francisco Espinosa, *op. cit.*, p. 66.

[116]. Texto procedente de la sentencia del Tribunal Constitucional 43/2004, de 23 de marzo.

[117]. Violeta Friedman, *Mis Memorias. Testimonio dramático, lúcido y combativo de una superviviente del holocausto nazi*, Barcelona, Planeta, 2005, p. 11.

[118]. Emilio Silva y Santiago Macías, *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Madrid, Temas de Hoy, 2003, pp. 212-213.

[119]. Alfredo Grimaldos, *La sombra de Franco en la Transición*, Madrid, Oberón, 2004.

[120]. *Ibid.*, p. 177.

[121]. *Ibid.*, p. 178.

[122]. *Ibid.*, p. 180.

[123]. *Ibid.*, p. 180.

[124]. *Ibid.*, p. 181.

[125]. Joaquín Costa, *Oligarquía y caciquismo, colectivismo agrario y otros escritos*, Madrid, Alianza, 1967, pp. 21 y 26.

[126]. Intervención del historiador Arcángel Bedmar en el acto celebrado en la Diputación de Córdoba el 4 de marzo de 2011, con motivo de la presentación del libro *La solidaridad con el juez Garzón*, Carlos Jiménez Villarejo, coord., Córdoba, El Páramo, 2010.

[127]. Alberto Sucasas y José A. Zamora, eds., *Memoria - política - justicia. En diálogo con Reyes Mate*, cap. «Razón y memoria», Madrid, Trotta, 2010, pp. 12-13.

[128]. Y se hace constar en los convenios celebrados entre el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas. Por ejemplo, el celebrado con la Comunidad Autónoma de Aragón el 25 de enero de 2010. En el artículo tercero, se reitera la «legítima demanda de muchos ciudadanos» en relación al paradero de sus familiares desaparecidos.
[129]. Una de las obras que se presentó fue la de Francisco Moreno Gómez, *El genocidio franquista en Córdoba*, Barcelona, Crítica, 2008, que desde luego no es, como afirma el juez, una «novela», sino un estudio rigurosamente científico de la represión franquista en dicha provincia.
[130]. Francisco Moreno Gómez, «La represión en la posguerra», *Víctimas de la guerra civil*, Madrid, Alianza, 1999, p. 277.
[131]. Manifiesto de las asociaciones por la recuperación de la memoria histórica de Cataluña y Mallorca con motivo de la interposición de una querella contra los magistrados del Tribunal Supremo Juan Saavedra y Luciano Varela.
[132]. Véase www.memoriacatalunya.org/documents/doc130.htm
[133]. Según queda reflejado en su obra *Doy fe: un año de actuación en la España nacionalista*, Buenos Aires, La Nueva España, 1937. En la edición realizada por Francisco Espinosa Maestre y Luis Castro Cerrojo, Renacimiento (Espuela de Plata), 2012, se recogen estos mismos datos biográficos con las fechas correspondientes.
[134]. *Ibid.*, p. 23.
[135]. Francisco Espinosa, en *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco,* Barcelona, Crítica, 2004, p. 57.
[136]. *Ibid.*, p. 61.
[137]. *Ibid.*, p. 61.
[138]. *Ibid.*, p. 71.
[139]. *Ibid.*, p. 72.
[140]. *Ibid.*, p. 79.
[141]. *Ibid.*, p. 84.
[142]. *Ibid.*, p. 103.
[143]. Josep Fontana, ed., *España bajo el franquismo*, Barcelona, Crítica, 1986, p. 19.
[144]. *Ibid.*, p. 19.
[145]. *Ibid.*, p. 21.
[146]. Alberto Reig Tapia, *La cruzada de 1936*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 177-178, nota 57.
[147]. Ronald Fraser, *Recuérdalo tú y recuérdalo a otros. Historia oral de la guerra civil española*, tomo I, Barcelona, Crítica, 1979 (2ª ed.), p. 385.
[148]. Julián Casanova, «La paz de Franco», en *Morir, matar, sobrevivir*, *op. cit.*, p. 11. En la nota 15, p. 299, el profesor Casanova dice: «Las frases de Franco, Gonzalo de Aguilera y Vallejo-Nájera están sacadas del estimulante estudio que sobre la violencia y la manipulación de la memoria hace Michael Richards en *Un tiempo de silencio. La guerra civil y la cultura de la represión en la España de Franco 1936-1945*, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 53, 49-50 y 62-64 respectivamente».
[149]. Caja 1421-1 de Teruel obrante en el Archivo Histórico Nacional de Madrid.
[150]. www.aedidh.org/sites/default/files/dictamen%20mayo%2008-1_0.pdf
[151]. Art. 11: «Colaboración de las Administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de las víctimas. 1. Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias, facilitarán a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la guerra civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore. Lo previsto en el párrafo anterior podrá aplicarse respecto de las entidades que, constituidas antes de 1 de Junio de 2004, incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines. 2. La Administración General del

Estado elaborará planes de trabajo y establecerá subvenciones para sufragar gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo.»
[152]. Disposición derogatoria. «En congruencia con lo establecido en el punto 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución, se declaran expresamente derogados el Bando de Guerra de 28 de Julio de 1936 de la Junta de Defensa Nacional aprobado por Decreto número 79, el Bando de 31 de Agosto de 1936, especialmente, el Decreto del General Franco número 55, de 1 de noviembre de 1936; las Leyes de Seguridad del Estado de 12 de Julio de 1940 y 29 de marzo de 1941, de reforma del Código Penal de los delitos contra la Seguridad del Estado; la Ley de 2 de Marzo de 1943 de modificación del Delito de Rebelión Militar; el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 sobre Rebelión Militar y Bandidaje y Terrorismo y las Leyes 42/1971 y 44/1971 de reforma del Código de Justicia Militar; las Leyes de 9 de Febrero de 1939 y la de 19 de Febrero de 1942 sobre Responsabilidades Políticas y la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la Masonería y el Comunismo, la Ley de 30 de Julio de 1959 de Orden Público y la Ley 15/1963 creadora del Tribunal de Orden Público.»
[153]. Véase la reseña periodística de Ana María Pascual, «Los otros "Garzones" de la Memoria Histórica», *Interviú* (6 de octubre de 2008), www.interviu.es/defaultasp?idpublicacio_PK=39&idioma=CAS&idnoticia_PK=53205&idseccio_PK=547&h=080825
[154]. Art. 262. «Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su defecto, al municipal o funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratara de un delito flagrante. Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259 que se impondrá disciplinariamente. [...] Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las leyes».
Art. 269. «Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese, a la comprobación del hecho denunciado, salvo que no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos el Tribunal o funcionario se abstendrá de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquella indebidamente.
[155]. Auto del Juzgado de Instrucción n.° 2 de Lucena (Córdoba) de 20 de octubre de 2004, dictado en las Diligencias Previas 1355/2004: «Hechos. —Único. —En este juzgado se han recibido las actuaciones que preceden en virtud de atestado denuncia interpuesta por Rocío Borrego Cobacho, por DESAPARICIÓN DE RICARDA ANA COBACHO CAÑETE EN EL AÑO 1936. —RAZONAMIENTOS JURÍDICOS. —ÚNICO. —Atendida la naturaleza del hecho denunciado es procedente instruir las correspondientes Diligencias Previas conforme ordena el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concurriendo lo dispuesto en los artículos 779-1 Regla primera del mismo texto legal, al no ser los hechos constitutivos de delito procede acordar el archivo de las mismas. —PARTE DISPOSITIVA. —INCÓENSE DILIGENCIAS PREVIAS, dando parte de incoación al Ministerio Fiscal. Se decreta EL ARCHIVO de estas actuaciones. —Notifíquese esta resolución a la denunciante».
Contra dicho auto de 20 de octubre fue interpuesto el oportuno recurso de reforma, que fue resuelto por auto del mismo instructor de 15 de noviembre de 2004 cuya parte dispositiva dice: «En atención a lo expuesto, DECIDO: declarar la prescripción de las actuaciones seguidas en las Diligencias Previas 1355/04 seguido contra personas indeterminadas y declarar el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes diligencias.- Se tiene por interpuesto recurso de apelación».
[156]. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba resolvió el recurso a que se refiere la nota anterior en relación a las Diligencias Previas 1355/2004 del J.I. De Lucena n.° 2, por medio de auto de 21 de febrero de 2005, cuyos fundamentos jurídicos se inician con la expresión «se aceptan los fundamentos jurídicos del auto recurrido», y a continuación recoge los siguientes: «PRIMERO.—Se alza la recurrente contra el auto de 20 de octubre de 2004 que decreta el archivo de

las actuaciones, tras haber desestimado el recurso de reforma interpuesto contra el mismo por auto de 15 de noviembre del mismo año.—Se sostiene por la recurrente que debe investigarse la desaparición de Da Ricarda Ana Cobacho Cañete, Maestra Nacional y que desapareció a primeros de Noviembre de 1936 tras ser detenida en la localidad de Jauja (Córdoba) por miembros de la Guardia Civil y ser conducida al cuartel donde tras tres días desapareció definitivamente, habiéndose comentado que fue ejecutada.—SEGUNDO.—El recurso debe ser desestimado y confirmada la resolución combatida.—Evidentemente si se denuncia un posible delito de asesinato, como se especifica en el escrito de formalización del recurso es claro que el mismo ha prescrito de acuerdo con lo que se establece en los arts. 130 y 131 del Código Penal. Pero es que, frente a las alegaciones que se contienen en el citado escrito, esta Sala considera que a estas alturas del siglo XXI efectivamente, tal y como pide el recurrente, debe ser de plena aplicación la Constitución Española, llamada unánimemente en su XXV aniversario como "de la reconciliación" y ello supone como igualmente se encarga de señalar el recurrente citando la Declaración de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de 20 de Noviembre de 2002, que debe evitarse en todo caso que cualquier iniciativa como la que hoy deduce la recurrente sirva para "Reavivar heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil". — Y ello es necesario dejarlo sentado cuando nos enfrentamos ante un ámbito, el penal, que precisamente por cuanto en el mismo prima el principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución Española) no debe ser instrumento para la satisfacción de lo que pueden ser legítimas pretensiones, pero en todo caso ajenas a tal ordenamiento punitivo, siendo otras administraciones, sobre todo en el ámbito local, como se encarga de apuntar la Declaración antes aludida, las encargadas, en su caso, de satisfacerlas—. En consecuencia y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución combatida, declarándose de oficio las costas de esta alzada».

[157]. Art. 138: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años».

Art. 139: «Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, corno reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo algunas de las circunstancias siguientes: 1ª Con alevosía. 2ª Por precio, recompensa o promesa. 3ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido».

[158]. José Luis Ramírez Ortiz, «Los límites del Derecho y la jurisdicción penal (A propósito de las Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional)», *Jueces para la democracia,* n.° 65 (2009), pp. 58-90.

[159]. Auto dictado en la Causa Especial n.° 20048/2009, el 3 de febrero de 2010 por el magistrado Varela.

[160]. Diligencias Previas n.° 120/2006. Auto de 27 de junio de 2008 en el que se acuerda: «Admitir a trámite la querella interpuesta por la representación procesal de Don Alvaro Moreno Elosegui y de Doña Marta Bergareche Ituarde por la desaparición forzosa de su hijo Eduardo Moreno Bergareche».

[161]. Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[162]. Auto citado de 3 de febrero de 2010 del magistrado Varela.

[163]. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1982: «...Si formalmente debe ser alegada a través de un artículo de previo pronunciamiento, según prescribe el art. 666 LECrim., puede, por tratarse de una cuestión de orden público, ser apreciada de oficio o incluso alegada informalmente o intertemporalmente en cualquier estado del procedimiento por alguna de las partes interesadas en concluir la situación de pendencia, corno interpretan otras resoluciones. STS. 24-2-62, 1-2-68». Nota tomada de la obra *Leyes procesales penales y jurisprudencia*, de J.M. Rifá y J.F. Valls, Editorial Bosch, pp. 311-312.

[164]. En Revista de Derecho Procesal n.° 1 de 2007 en su trabajo «Naturaleza y objeto de los artículos de previo pronunciamiento».
[165]. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 1995, p. 43, tras llamar la atención previamente sobre la fórmula hobessiana «veritas, non autoritas, facit juditium».
[166]. Diccionario de la Real Academia de la Lengua.
[167]. *Ibid*.
[168]. Joan Josep Queralt Jiménez, *Derecho penal español* (parte especial), Barcelona, Atelier, 2008 (5ª edición), p. 178.
[169]. Art. 4.1: «Se reconoce el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la guerra civil y la dictadura padecieron los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores. Este derecho es plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en normas anteriores, así corno con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia».
[170]. Disposición Adicional Segunda: «Las previsiones contenidas en la presente ley son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España».
[171]. Ley Orgánica 14/99 de 9 de junio que da un nuevo redactado a dicho artículo 13 para dar entrada a las medidas cautelares del art. 544 bis que asimismo se introduce en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente ley».
[172]. Véase el Comunicado de la UPF de 22 de octubre de 2008: «Entendemos que consideraciones relativas a la competencia del órgano judicial, a la aplicabilidad o no de los efectos de la ley de amnistía, o concernientes a la prescripción o no de figuras delictivas concretas, constituyen en cualquier caso un debate jurídico prematuro en un momento tan embrionario de la instrucción, la cual, por todo lo expuesto, debe continuar en virtud del derecho de las víctimas de tan graves crímenes a obtener justicia y reparación, hasta recabar los elementos fácticos y jurídicos que permitan decidir sobre tales cuestiones». www.upfi scales.com/200 8/10/comunicado-del-secretariado-de-la-union-progresista-defiscales-acerca-de-los-procedimientos-por-los-crimenes-del-franquismo/
[173]. Véase César Estirado, *Informe sobre los crímenes del franquismo,* de 11 de marzo de 2012, en la página http://lacomunidad.elpais.com/jordigraug/2012/3/11/informe-sobre-crimenes-del-franquismo-cesar-estirado-fiscal-de
[174]. Voto particular discrepante de tres magistrados dictado en el auto de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008.
[175]. Los Juzgados de Instrucción de Villablino (2002), de Sahagún (2007), de Arévalo (2003), n.° 1 de Talavera de la Reina (2005), n.° 2 de Segovia (2003), n.° 2 de Benavente (2008) , n.° 4 de Palencia (2009), Juzgado de Instrucción n.° 2 de los Llanos de Aridane (1994) y Juzgado n.° 3 de San Sebastián (2009).
[176]. Este texto fue publicado por uno de los autores, Carlos Jiménez Villarejo, en el diario digital *El Plural* el 29 de marzo de 2012.
[177]. Véase el prólogo del libro *Los jueces contra la dictadura (justicia y política en el franquismo),* Madrid, Tucar, 1978, donde se recogen los principales trabajos e informes desde 1971 hasta enero de

1977 de los integrantes de Justicia Democrática, una vez debatidos en reuniones celebradas en la clandestinidad.

[178]. Véase el Fundamento Primero de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 recogida en el Anexo 7.

[179]. En el voto discrepante del magistrado José Manuel Maza Martín se afirma por este: «En todo caso ¿es que la intención de dar satisfacción a los denunciantes puede justificar la persecución de unos delitos prescritos y con sus presuntos autores ya fallecidos, como hecho más que notorio en especial respecto de algunos de ellos como en el caso del General Franco, contra el que también se incoa desde un principio la causa?». Asimismo, en el voto particular y concurrente con la mayoría del magistrado Julián Sánchez Melgar también se recoge la afirmación de la «imposible persecución penal de personas notoriamente fallecidas».

[180]. Es de particular interés el auto del Juzgado de Instrucción n.° 3 de Granada de 28 de mayo de 2009 (Diligencias Previas 3209/2009) en el que analiza que cualquiera que sea la calificación penal de los hechos denunciados ante el juez Garzón —delito de lesa Humanidad, rebelión o terrorismo— el único órgano competente era la Audiciencia Nacional por lo que rechazó que un juzgado de Instrucción, en este caso el de Granada, pudiera asumir dicha competencia. Una crítica anticipada y mejor fundada a las decisiones que luego ha adoptado la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

[181]. Peter Weiss, *La indagación,* Barcelona, Grijalbo, 1968.

[182]. Arxiu Nacional de Catalunya. Expedient de Lluís Companys Jover, n.º 15, instruït per la Direcció General de la Policia. Arxiu de complement, Fons AC 4. Uc. 1. Dirección General de la Policía. Archivo central. Companys Jover, Luis. H. 338. Expte. 15.

[183]. El periodo por el que se ha optado para enumerar las víctimas, siempre mortales, por las causas ya indicadas —que no pretende ser exhaustiva— corresponde a diez años, desde 1968, la fecha citada en el artículo 10 de la Ley de la Memoria Histórica como la de inicio del periodo para ser titular de un derecho para percibir una indemnización por la defensa de las libertades democráticas, hasta el final del año de entrada en vigor de la Constitución. Pero tenemos conocimiento de otros análisis que han optado por situar la investigación en otro periodo, que no solo respetamos y valoramos positivamente sino que han contribuido positivamente a nuestra investigación. Es fundamental la referencia a la obra ya citada del periodista y escritor Mariano Sánchez Soler que sitúa la transición entre 1975 —muerte del dictador— y 1983. Las fuentes consultadas fueron facilitadas en su día por el historiador Gabriel Cardona, la Asociación republicana iruñesa Nicolás Guerendiain y la organización vasca Ahaztuak.

[184]. Si la identidad de algunas de las personas citadas está incompleta, es por la dificultad de hallar otras fuentes que complementen dichos datos, pero no privan en absoluto de veracidad a los datos expuestos.

[185]. Ramón Sáez Valcárcel, «El homicidio del militante comunista Pedro Patiño y la actuación del abogado defensor Jaime Miralles. Un episodio de la represión y de la lucha por la justicia», *Revista Jueces para la Democracia*. La viuda de Pedro Patiño presentó querella criminal que rechazaron sucesivamente el Juzgado de Instrucción n.º 21 y la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid.

[186]. En este caso, el causante de los disparos determinantes de la muerte, un subinspector del Cuerpo General de Policía, fue juzgado y condenado por un delito de homicidio. *ABC* (19 de marzo de 1974), p. 35.

[187]. «La jurisdicción contencioso-administrativa reconoció una indemnización a su familia por razón de la responsabilidad civil del Estado en la actuación policial», *El País* (11 de abril de 1979).

[188]. En 2009, a solicitud de su hermano Manuel, el Ministerio de Justicia le hizo entrega de la declaración de reparación y reconocimiento personal de Xosé Ramón Reboiras, activo dirigente

nacionalista y sindical, como víctima de la dictadura. En efecto, fue asesinado por la policía franquista cuando solo tenía 25 años.
[189]. Según informaciones solventes, el inspector de policía José Matutes Fernández fue procesado por la tortura y muerte de este detenido en 1978. Véase Mariano Sánchez Soler, *op. cit.*, p. 404.
[190]. La masacre, producida por unidades de Policía Armada, causó además un centenar de heridos de diversa gravedad. La jurisdicción competente, que fue la militar, archivó el procedimiento, por lo que los múltiples delitos cometidos en esa fecha quedaron absolutamente impunes. Una información completa sobre estos dramáticos hechos está contenida en la proposición no de ley presentada por diputados de Amaiur en el Congreso de Diputados el 9 de febrero de 2012.
[191]. Varios funcionarios de policía fueron condenados por la Audiencia Provincial de Tenerife por este homicidio. Véase Alfredo Grimaldos, *La sombra de Franco en la Transición*, Madrid, Oberón, p. 255.
[192]. De 72 años, fallece a consecuencia del shock sufrido tras impactar varias balas de la policía en su balcón, sufriendo un infarto.
[193]. Asesinado por la Policía Armada cuando intentaba alzar una bandera andaluza en la Diputación Provincial de Málaga. Esta institución le reconoció el título de «Hijo predilecto de la Provincia» el 20 de abril de 2009. Más detalles sobre esta muerte y las circunstancias posteriores relativas a su investigación judicial, en la obra citada de Alfredo Grimaldos, *op. cit.*, pp. 269-272.
[194]. Durante un enfrentamiento entre ETA y las fuerzas de seguridad, un disparo alcanzó a este vecino ajeno a los hechos.
[195]. Resultaron gravemente heridos: María Dolores González Ruiz, Alejandro Ruiz Huertas, Miguel Sarabia Gil y Luis Ramos Pardo.
[196]. «Presentación», Julián Casanova, coord., *Morir, matar, sobrevivir*, Barcelona, Crítica, 2002.
[197]. Juan José del Águila, *op. cit.*, p. 32.
[198]. Véase el BOE n.° 107 de 16 de abril de 1948.
[199]. Véase huachen.org/spanish/law/disappearanceconvention.html.
[200]. Véase www.derechos.net/doc/tpi.html.
[201]. Véase www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentencia.html.
[202]. Véase www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/stscilingo.html.
[203]. El Véase www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php.
[204]. Antonio Remiro Brotons, en *Cuadernos de Derecho Judicial,* VII, 2001.
[205]. Véase asimismo el trabajo de Robert Alexy, «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal», *Doxa, Cuadernos de Filosofía de Derecho,* n.° 23, 2000, pp. 197-232, donde analiza la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín, y donde recrea la fórmula de Radbruch aplicada por el tribunal, afirmando que «el derecho extremadamente injusto no es derecho». www.cervantesvirtual.com/servlet/Sirve0bras/12383873132 368273109213/Doxa23_09.pdf.
[206]. Xavier Fernández Pons, «El principio de legalidad y la incriminación internacional del individuo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* n.° 5 (2002), pp. 16 y 17. www. reei.org/reei5/XFdez.pdf.
[207]. *Ibid*., pp. 3 y 4.



CJV es autor de la introducción y de los capítulos 1 a 6
ADM es autor de los capítulos 7 y 8

Pau Claris, 147, 4º, 1ª, 08010 Barcelona
ediciones@pasadopresente.com
www.pasadopresente.com

ISN: 978-84-943392-2-6